REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO puc

DERECHO puc

CONTENIDO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN ESPAÑA
Francisco Fernández Segado

SOBRE EL HÁBEAS DATA Y SU TUTELA
Domingo García Belaunde

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN RESERVADA POR MOTIVOS DE SEGURIDAD NACIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS. Un balance de la aplicación de la *Freedom of Information Act*.
Miguel Revenga Sánchez

O HÁBEAS DATA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO
Dalmo De Abreu Dallari

EL HÁBEAS DATA EN COLOMBIA
Eduardo Cifuentes Muñoz

EL HÁBEAS DATA EN BOLIVIA
Benjamín Miguel Harb

EL HÁBEAS DATA EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
Oscar Raúl Puccinelli

EL HÁBEAS DATA ARGENTINO (ORDEN NACIONAL)
Néstor Pedro Sagüés

DERECHO A LA INTIMIDAD Y HÁBEAS DATA (DEL RECURSO DE PROTECCIÓN AL HÁBEAS DATA)
Francisco Zúñiga Urbina

INFORMÁTICA, VIDA PRIVADA Y LOS PROYECTOS CHILENOS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS
Christian Suárez Crothers

EL HÁBEAS DATA Y SU DESARROLLO EN EL PERÚ
Francisco Eguiguren Praeli

Nº 51

Nº 51, diciembre de 1997

DERECHO-PUC

Cuidado de la edición: Carlota Casalino
Carátula: Edwin Núñez
Impresión: Tarea Gráfica Educativa

Copyright © 1999 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 51 Diciembre 1997

Consejo Editorial

Editor General
ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Principal*

ENRIQUE LASTRES BERNINZON, *Profesor Principal*
BALDO KRESALJA ROSELLÓ, *Profesor Principal*
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Profesor Principal*
CECILIA GUZMÁN BARRÓN, *Representante Estudiantil*

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

AUTORIDADES
A PARTIR DE ABRIL DE 1999

ARMANDO ZOLEZZI MÖLLER, *Decano*
JAVIER NEVES MUJICA, *Jefe del Departamento Académico de Derecho*
ELVIRA MÉNDEZ CHANG, *Directora de Estudios*
GORKI GONZALES MANTILLA, *Secretario Académico*

AUTORIDADES EN 1997

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 51 Diciembre 1997

Contenido

Presentación

Artículos

El régimen jurídico del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en España
Francisco Fernández Segado 7

Sobre el Hábeas Data y su tutela
Domingo García Belaunde 49

El acceso a la información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos. Un Balance de la aplicación de la *Freedom of Information Act.*
Miguel Revenga Sánchez 61

O Habeas Data no sistema jurídico brasileiro
Dalmo De Abreu Dallari 95

El Hábeas Data en Colombia
Eduardo Cifuentes Muñoz 115

El Hábeas Data en Bolivia
Benjamín Miguel Harb 145

El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Oscar Raúl Puccinelli 149

El Hábeas Data argentino (Orden Nacional)
Néstor Pedro Sagüés 177

Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del recurso de protección al Hábeas Data)
Francisco Zúñiga Urbina 193

Informática, vida privada y los proyectos chilenos sobre protección de datos
Christian Suárez Crothers 223

El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú
Francisco Eguiguren Praeli 291

Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio.
Roberto O. Berizonce 311

El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI.
Aníbal Quiroga León 323

Compraventa con reserva de propiedad
Manuel De La Puente y Lavalle 353

La transacción
Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre 387

El abuso del Derecho
Enrique A. Cuentas Ormachea 463

Análisis del derecho y perspectiva del género
Rocío Villanueva Flores 485

La Economía y el Estado: oportunidades y peligros de la globalización.
Gerhard Aschinger 519

Propiedad, contrato y poder
Javier Iguíñiz Echeverría 531

Concurso, Derecho y realidad

El Estado y la modernización de la Administración de Justicia en una economía de mercado
Carlos R. Noda Yamada 553

Pobreza, consumo y defensa del consumidor
Ismael Núñez Sáenz 583

Aplicación de teoría de juegos para la comprensión del concepto y la función de la Buena Fe
Noe Fernando Piérola Castro 611

¿Derecho de gestión del trabajador: realidad o espejismo?
Ursula Ana Valverde Granados 627

Vacaciones: derecho de los trabajadores contratados a tiempo parcial
Susana Paola Silva Villacorta 655

Justicia, eficiencia y comunidades campesinas
Enrique Delgado Flores 701

Crónica del Claustro 727

Profesores Ordinarios de la Facultad de Derecho - 1997 731

Abogados graduados con tesis y con mención de sobresaliente. 735

Abogados graduados con expedientes y con mención de sobresaliente 739

De los autores 743

Presentación

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú presenta, en esta oportunidad, el número 51 de su Revista **DERECHO PUCP** correspondiente a su edición 1997. Como se sabe, esta es la publicación oficial de nuestra Facultad e incluye la labor de investigación de sus profesores -y de importantes colaboradores extranjeros-, así como algunos trabajos excepcionales de los estudiantes. Cuenta para ello con el apoyo de las autoridades de esta Escuela de Derecho.

Asimismo, una vez más, no queremos dejar de agradecer el esfuerzo e invalorable apoyo que brinda el Fondo Editorial de nuestra Universidad, cuyos miembros siempre nos han dado el apoyo indispensable para llevar a cabo la edición de esta publicación anual, que tiene por finalidad difundir el estado de la investigación en nuestra Facultad, así como de diversos profesionales nacionales y extranjeros que nos prestan su desinteresada colaboración, tanto con el envío de sus investigaciones, cuanto con el avance de su conocimiento jurídico en otras realidades, y que hoy podemos poner a su disposición, así como con la difusión en otras facultades de Derecho, tanto de nuestro país como del extranjero, de nuestra labor como Escuela de Derecho en nuestro medio y que publicamos a través de nuestras páginas.

En esta oportunidad, quisiéramos resaltar que esta edición de **DERECHO PUC** número 51 ha querido avocarse, en primer lugar, al desarrollo de la garantía constitucional del Hábeas Data como instituto del Derecho Procesal Constitucional, así como de los derechos fundamentales relativos a la información, cuya importancia radica, hoy en día, en el gran desarrollo de los medios de comunicación masiva y los procesos tecnológicos de transvase y circulación de información almace-

nada, en el actual contexto mundial de globalización y acceso irrestricto de los ciudadanos a los diversos medios y vías de información, como consecuencia de los diversos instrumentos técnicos que hoy se han puesto a nuestra disposición para dicho fin. Respecto a este tema, gracias a la infatigable labor de nuestro Miembro del Consejo Editorial, el Prof. Domingo García Belaunde, contamos con colaboraciones de altísimo nivel de catedráticos como el Dr. **Francisco Fernández Segado**, antiguo colaborador y amigo de nuestra Facultad, Catedrático en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, España, quien nos presenta, en esta oportunidad, su trabajo sobre la "***Automatización de los datos de carácter personal en España***", y lo que ello supone dentro del régimen jurídico constitucional. El propio Dr. **Domingo García Belaunde**, Profesor Principal de nuestra Facultad, esta vez nos ha confiado la publicación de su trabajo sobre "***El Hábeas Data y su Tutela***", donde aborda la incorporación de esta Garantía Constitucional en nuestra Constitución peruana de 1993 en actual vigencia. También respecto del desarrollo en nuestro país de dicha Garantía Constitucional, contamos con la colaboración del Dr. **Francisco Eguiguren Praeli**, también Profesor Principal de nuestra Facultad, con el trabajo titulado "***El Hábeas Data y su Desarrollo en el Perú***". En esta oportunidad presentamos la colaboración del Profesor Titular de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera de la Universidad de Cádiz, España, Dr. **Miguel Revenga Sánchez**, experto en Derecho Constitucional, quien nos introduce al estudio de "***El acceso a la Información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos. Un Balance de la aplicación de la Freedom of Information Act***" en la libertad de información y la seguridad nacional, haciendo un balance entre ambos principios fundamentales en torno al Hábeas Data que, como hemos manifestado, constituye apartado temático de la primera parte de la presente edición de nuestra Revista. También contamos con la colaboración del Dr. **Dalmo de Abreu Dallari**, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, con su trabajo titulado "***O Habeas Data no Sistema Jurídico Brasileiro***"; del Dr. **Eduardo Cifuentes Muñoz**, Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, con su trabajo "***El Hábeas Data en Colombia***"; del Dr.**Benjamín Miguel Harb**, catedrático de la Universidad Mayor de San Andrés; quien nos presenta la situación del Hábeas Data en Bolivia titulado "***El Hábeas Data en***

Bolivia"; del Dr. **Oscar Raúl Puccinelli,** profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (sede de Paraná), con su trabajo titulado *"El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires";* y, del conocido tratadista argentino Dr. **Néstor Pedro Sagüés,** quien nos ofrece su importante estudio titulado *"El Hábeas Data argentino (Orden Nacional)".* Asimismo el Dr. **Francisco Zuñiga**, de la Universidad de Chile, aborda el tema del derecho a la intimidad y su protección constitucional con su trabajo titulado *"Derecho a la intimidad y Hábeas Data (del Recurso de Protección al Hábeas Data)".* Finalmente, también de Chile, hemos recibido el trabajo del Dr. **Christian Suárez,** donde nos presenta los proyectos que se vienen elaborando en Chile, respecto de la protección de datos y su relación con la informática y el derecho a la privacidad de las personas, en su estudio titulado *"Informática, vida privada y los proyectos chilenos sobre Protección de Datos".* Al mismo tiempo, ya en el campo de los estudios del Derecho Constitucional, el Dr. **Aníbal Quiroga León** desarrolla el tema titulado *"El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI".* En el campo del Derecho Procesal, cuyo auge en nuestra Facultad es notorio, contamos con la colaboración del Dr. **Roberto O. Berizonce,** insigne procesalista de la actualidad, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quien nos presenta un importante estudio titulado *"Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio",* sobre la situación del Proceso Civil ante el reto del inicio de un nuevo milenio. En el campo del Derecho Civil contamos con la colaboración de uno de nuestros más grandes tratadistas contemporáneos, el Dr. **Manuel De La Puente y Lavalle,** jurista peruano, quien con la agudeza que lo caracteriza desarrolla el tema de la reserva de propiedad en los contratos de compra-venta con su ensayo titulado *"Compraventa con reserva de propiedad".* También contamos con la colaboración del Dr. **Felipe Osterling Parodi,** Profesor Principal de nuestra Facultad, quien al lado de un promisor joven Profesor, el Dr. **Mario Castillo Freyre,** ambos docentes de nuestra Facultad, nos ofrecen un completo estudio de la transacción desde el punto de vista civil con el trabajo realizado al alimón titulado *"La transacción".* La compleja institución del abuso del derecho en esta oportunidad es tratado por el Dr. **Enrique A. Cuentas Ormachea** con su

estudio titulado *"El abuso del Derecho"*. El tema de las relaciones de género y su perspectiva dentro del Derecho es abordado por la Dra. **Rocío Villanueva Flores**, también docente de nuestra Facultad e importante funcionaria de la Defensoría del Pueblo, con su trabajo titulado *"Análisis del Derecho y perspectiva del género"*. En el campo de las relaciones entre la Economía y el Derecho, en una visión interdisciplinaria que nuestra Revista siempre desea abordar, contamos con los trabajos del Dr. **Javier Iguíñiz Echevarría**, importante economista y Profesor Principal del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales de nuestra Universidad con su ensayo titulado *"Propiedad, contrato y poder"*; y del Dr. Gerhard Aschinger, Catedrático de Economía de la Universidad de Friburgo, Suiza, quien aborda el tema de los peligros de la globalización desde el punto de vista de la economía y el Estado, con su enjundioso estudio titulado *"La Economía y el Estado: oportunidades y peligros de la globalización"*.

Finalmente, quisiéramos destacar que en esta oportunidad, dentro de nuestra labor de difusión de los principales trabajos de investigación de nuestros estudiantes, estamos consignando los trabajos que fueron premiados con toda justicia en el Concurso "Derecho y Realidad" que impulsara PROSODE (Proyección Social de Derecho de nuestra Facultad de Derecho), y cuyos ganadores son destacados alumnos tanto de nuestra Universidad, como de otras casas de estudios de nuestro país.

En esta tercera edición de **DERECHO PUC** que se realiza bajo nuestra dirección, queremos manifestarles nuestro profundo agradecimiento a todas y cada una de las personas que de uno u otro modo han hecho realidad esta edición y que vienen colaborando para sacar adelante este importante proyecto de la Facultad. Cierto es que estamos atrasados en la publicación del mismo, pero esperamos que ello se supere con la próxima edición de **DERECHO PUC Nº 52**, cuya edición ya está avanzada, y con ello ponernos al día en la edición anual de este medio de difusión del trabajo de investigación que se realiza en nuestra Facultad de Derecho.

Como se aprecia del contenido de esta edición, los lazos que unen a nuestra Facultad de Derecho con las facultades de Derecho de Iberoamérica, de Europa y de Norteamérica siguen afianzándose, y por ello queremos manifestarles nuestra intención en que ello siga así, además

de la importancia que constituye el esfuerzo de investigación de los distintos profesores de nuestra Facultad nos brindan para su publicación, que es razón de nuestra existencia y del proyecto que esta Revista constituye.

En nombre del Consejo Editorial de **DERECHO PUC** desearía agradecer, finalmente, a todas y cada una de las personas que han colaborado en la publicación de esta edición, al Sr. Decano de nuestra Facultad, Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, por su constante apoyo. Al Sr. Dr. Javier Neves Mujica, Jefe del Departamento Académico de Derecho por su infatigable colaboración. A la Mag. Carlota Casalino Sen por su importante labor y el cuidadoso trabajo de edición a su cargo. A nuestros colaboradores personales, la Dra. Mariella Trujillo Württele, Asistente de Docencia, y a los alumnos Luis Berdejo Chávez y Gabriel Quispe-Correa Angulo por su infatigable apoyo para hacer realidad esta edición. Y, para terminar, queremos reiterar nuestro más sincero agradecimiento a las autoridades del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuyo valioso apoyo nos permite llegar a Uds. en esta oportunidad.

San Miguel, enero de 1998

Aníbal Quiroga León
Profesor Principal
Editor General

El régimen jurídico del tratamiento autorizado de los datos de carácter personal en España

Francisco Fernández Segado*

1. Derecho a la intimidad, libertad informática y "Hábeas Data"

La irrupción de la información en el mundo del Derecho ha desencadenado un conjunto de nuevos problemas que han exigido la búsqueda de respuestas jurídicas adecuadas a la solución de aquéllos. El manejo de peligros antes inexistentes frente a ciertos derechos, como es el caso, muy especialmente, del derecho a la intimidad.

No es inoportuno recordar que el mismo concepto del derecho a la intimidad fue tributario en el momento de su nacimiento de un conjunto de nuevas circunstancias sociales que indujeron a Warren y Brandeis[1] a escribir su conocido trabajo publicado a fines de 1890. En efecto, a fines del pasado siglo, el poder de los medios de comunicación, y muy significadamente de la prensa, había crecido de tal forma que amenazaba flagrantemente con generar graves lesiones en la vida privada de las personas.

Las reflexiones de los citados autores son, por sí solas, bien significativas:

> "Que el individuo deba recibir plena protección de su persona y de su propiedad es un principio tan viejo como el propio *common law*. No obstante, ha sido necesario de vez en cuando

* Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Santiago de Compostela.

1 "*The right to privacy*", en ***Harvard Law Review***, 4 1890-1891, pp.193 y sgtes.

> redefinir la naturaleza exacta y la extensión de esa protección. Los cambios políticos, sociales y económicos entrañan el reconocimiento de nuevos derechos y el *common law* con su eterna juventud, crece para satisfacer las demandas de la sociedad"[2].

Tras reflexionar acerca de como el derecho a vivir significa el derecho a disfrutar de la vida, "el derecho a que nos dejen en paz" (*the right to be let alone*), Warren y Brandeis ponían de relieve el hecho de que recientes inventos y métodos comerciales hacían conveniente dar nuevos pasos en orden a asegurar el respeto a aquel derecho:

> "Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica y numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer buena la predicción según la cual lo que se susurra en el gabinete será proclamado desde los tejados"[3].

Ante este estado de cosas, ante estas nuevas realidades sociales, los referidos autores se esforzarán en la búsqueda, a partir del *common law*, de los instrumentos necesarios con vistas a combatir las intromisiones ilegítimas en la vida privada[4].

No es radicalmente nuevo, en consecuencia, el hecho de que el avance tecnológico haya vuelto a incidir sobre el derecho a la intimidad. La computación y el mundo de la inteligencia artificial a que ha dado lugar, ha posibilitado la acumulación ilimitada de informaciones que pueden ser memorizadas y transmitidas, permitiendo de esta guisa, como bien dice Frosini[5], la aparición de un nuevo poder de dominio social sobre el individuo: el poder informático.

El profundo impacto de este nuevo poder social sobre ese derecho surgido en el marco del puritanismo de la sociedad bostoniana de fines del pasado siglo, furibundamente individualista, iba a desencadenar un

2 S. D. Warren y L. D. Brandeis: "*The right to privacy*", ***op. cit.***, p.193.

3 *Ibídem*, p. 195.

4 Acerca del reconocimiento jurisprudencial del derecho, cfr. F. Rigaux: *"L'élaboration d'un right to privacy par la jurisprudence ammericaine"*, en ***Revue Internationale de Droit Comparé***, vol. XXXIII, 1980, pp. 701 y sgtes.

5 Vittorio Frosini: **Informática y Derecho**, Editorial Temis, Bogotá, p. 109.

no menos notable cambio de perspectiva en la concepción tradicional del *right to privacy*.

En efecto, al poder social informático, como nuevamente advierte Frosini[6], se ha contrapuesto la "libertad informática". Esta ya no es el antiguo *right to privacy* como derecho a la intimidad entendido como separación y defensa del individuo frente a la sociedad; es un nuevo derecho social de libertad; no es ya únicamente el derecho a negar la información sobre sí mismo, sino también el derecho a pretenderla. La libertad informática se nos perfila así como el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, o lo que es igual, de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad.

En suma, el *right to privacy* ha asumido una nueva dimensión por virtud de la cual ya no se entiende tan sólo en un sentido puramente negativo, de rechazo de la información de extraños en la vida privada, o de la transmisión de informaciones a ella referidas, en la más pura línea de los llamados derechos de la primera generación; bien al contrario, ha pasado a tener un contenido positivo por mor del cual se reconoce a cada persona el ejercicio de un control sobre el uso que pueda hacerse de los propios datos personales recogidos en un archivo electrónico de un centro de proceso de datos. La libertad informática encierra así un derecho de autotutela de la propia identidad informática, cuya primera exigencia es la protección de los datos informáticos personales frente a aquellas personas no autorizadas para conocerlos, procesarlos, modificarlos o difundirlos, razón por la que, como una vez más señala Frosini[7], el primero de los contenidos cuya normación viene exigida por la efectividad de la nueva libertad es el del acceso al banco de datos, con el fin de, por un lado, poder disponer de toda la información almacenada en un archivo electrónico sobre la propia personalidad y, por otro, poder rectificar ciertos datos concernientes a la misma[8]. Nace así el Hábeas Data.

6 *Ibídem*, p. 35.

7 *Ibídem*, pp. 73-74.

8 En Italia, Enzo Roppo ha englobado dentro del contenido de la libertad informática estos cuatro derechos: a) el derecho de conocer si un determinado banco de datos contiene o no informaciones propias; b) el derecho de acceso, caso positivo, al contenido de aquellas informaciones; c) el derecho de rectificación, esto es, de poder corregir los datos imprecisos; y, d) el derecho de conocer qué información sobre la persona interesada fue comunicada a ter-

2. La protección de los datos personales frente a la utilización de la informática en el Derecho comparado

Las innovaciones experimentadas por el derecho a la intimidad han tenido su traducción inmediata tanto en la legislación como en la jurisprudencia de gran número de países.

Suelen considerarse como pioneras en este ámbito la Ley del *Land* de Hesse de 7 de octubre de 1970, reguladora de las bases de datos de su Administración, norma que creaba la figura del *Datenschutzbeauftragter*, esto es, del Comisario para la protección de la información, y la ley sueca de 11 de mayo de 1973 sobre protección de datos.

Con todo, por razones fácilmente comprensibles, es en Estados Unidos donde en mayor medida se ha profundizado en la problemática que nos ocupa. A partir de la promulgación, en 1966, de la *Freedom of Information Act*, los poderes públicos convirtieron en transparente para toda la comunidad datos e informaciones mantenidas en absoluto sigilo desde tiempo inmemorial. La *Fair Credit Reporting Act* de 26 de octubre de 1970, al acoger un conjunto de previsiones respecto a la recogida y transmisión de datos sobre la solvencia de las personas y los derechos que a los afectados reconoce para su protección, inaugura, como se ha advertido[9], una técnica que luego se aplicará preferentemente a la tutela de las informaciones personales recogidas y tratadas mediante computadoras.

El 31 de diciembre de 1974 la *Privacy Act* incorporará a su articulado buena parte de las recomendaciones propuestas un año antes por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar (en su estudio sobre "Registros, computadoras y derechos de los ciudadanos", en el que se proponía la elaboración de un código federal de *fair information practices* encaminado a salvaguardar la intimidad personal). Las líneas maestras de la referida Ley de 1974 eran las siguientes: a) restringida la utilización de la información que sobre los individuos disponga el gobierno federal, requiriendo a las agencias públicas la creación de un registro

ceros y con qué finalidad. Enzo Roppo: "*Informática, tutela della privacy e diritti della libertá*", en el colectivo, ***Computers e responsabilitá civile***, Giuffré, Milano, 1985, pp. 28-29.

9 Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales ante el uso de la informática", en **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**, núm. 15 (monográfico), pp. 601 y sgtes. especialmente p. 607.

donde se hiciera constar la información suministrada; b) establecía restricciones a la recogida y conservación de información personal, obligando al gobierno a obtenerla directamente del interesado cuando ello fuera posible, a comunicarle el uso que se hiciere de esa información y a conservar tan sólo aquélla que fuere pertinente y necesaria para el cumplimiento de los fines de la agencia, y c) reconocía el derecho de acceso a los propios datos y a obtener copia de ellos, así como a exigir su rectificación, pudiendo recabar el afectado la revisión judicial de las resoluciones negativas que al respecto dictara la Administración.

En 1977, la *Privacy Protection Study Commission*, contemplada por la Ley de 1974, hizo públicas las conclusiones de las investigaciones desarrolladas, cuyos propósitos básicos consistían en: reducir al máximo la intrusión gubernamental en las vidas de la gente; maximizar la observancia de las reglas de corrección, y crear de esta forma una legítima expectativa de intimidad y confidencialidad sobre la información personal.

Los parámetros básicos del régimen jurídico de la informática, en lo que toca a la intimidad informativa, quedaban de esta forma recogidos en las normas expuestas y en los principios citados, si bien el panorama legislativo en Estados Unidos bien puede completarse con un largo rosario de normas legales que se refieren a aspectos puntuales.[10]

Bien puede decirse, en resumen, que entre 1974 y 1986 un conjunto de normas legales ha posibilitado el ordenamiento jurídico de aspectos diversos en relación a la materia que nos ocupa, y entre ellos: a) la revelación de informaciones (*disclosure of the information*); b) la ordenación del procedimiento a seguir para el ejercicio de los derechos de acceso (*right of acces*), rectificación (*correction*), o complemento (*amendment*) de los registros informáticos, y c) el procedimiento judicial necesario para conferir plena efectividad a los anteriores derechos.

En la República Federal Alemana, el Parlamento Federal aprobaba en 1977 la *Datenschutzgesetz*, ley federal de protección de datos, disciplinando el almacenamiento en registros informáticos de datos, tanto por las autoridades federales como por entidades privadas. En un importante fallo -la Sentencia de 15 de diciembre de 1983- el Tribunal Constitucional Federal, interpretando la ordenación normativa inme-

10 Cfr. al efecto, Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales...", *op. cit.*p. 608.

diatamente anterior, entendía que sólo podía considerarse admisible, desde la óptica constitucional, la recogida y ulterior almacenamiento de informaciones referidas a "sucesos íntimos" (*intime Vorgänge*) cuando se conozca la finalidad para la que vayan a ser utilizadas. Se ha podido hablar de esta forma en Alemania de un derecho a la autodeterminación informativa o de las informaciones (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), concepto que ha hecho suyo un sector de la doctrina española[11].

En Inglaterra, a partir del conocido como "Informe Younger sobre la intimidad", publicado en julio de 1972, y del Informe presentado en 1978 por el *Data Protection Committee*, se iban a fijar las bases que juridificarían las normas legales sobre la materia, básicamente, la *Data Protection Act* de 1984. La ley se esfuerza por hacer transparente la recogida y circulación de los datos de carácter personal con el fin de soslayar todo posible abuso. Como bien recuerda Lucas Murillo[12], este espíritu se contiene en los ocho principios que pretenden condensar el significado de la Ley británica y que ésta misma enuncia con el objeto de facilitar la tarea del intérprete, principios de los que nos hacemos eco a continuación:

I. Los datos personales han de recogerse y procesarse con lealtad y legalmente.
II. Los propósitos para los que se recogen datos personales deben ser legales y han de especificarse.
III. El uso y revelación de datos personales deben ser compatibles con los propósitos para los que se conservan los datos.
IV. La calidad y extensión de los datos personales deben ser adecuadas, pertinentes y no desproporcionadas respecto a los propósitos para los que se conservan.
V. Los datos personales han de ser precisos y deben actualizarse cuando sea necesario.
VI. No se pueden conservar los datos personales más tiempo que el estrictamente necesario para la consecución del propósito perseguido.

11 Pablo Lucas Murillo: **El derecho a la autodeterminación informativa**, Tecnos, Madrid, 1990.

12 *Ibidem*, p.609.

VII. Toda persona tiene derecho: a) a intervalos razonables y sin retrasos ni gastos injustificados: a ser informada por quien maneje datos de si conserva datos suyos, y a acceder a tales datos, y b) cuando sea preciso, a corregir o cancelar dichos datos.

VIII. Es preciso adoptar medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos personales contra el acceso no autorizado, su alteración, revelación o destrucción o su pérdida accidental.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de setiembre de 1978 (Caso Klass y otros), en la que se pronunciaría sobre la compatibilidad de ciertos preceptos de la Ley alemana de 13 de agosto de 1968, que restringe en ciertos supuestos el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, con el Art.8º del Convenio de Roma (que reconoce el derecho de toda persona al respecto de su vida privada), afirmaría literalmente: "Característico del Estado-policía, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones democráticas".[13]

Los más recientes textos constitucionales han llegado incluso a incorporar a su articulado el contenido de la libertad informática. Es el caso de la Constitución de Portugal, cuyo Art. 35.1, tras la redacción dada al mismo en la reforma de 1982, prescribe que: "*Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informaçôes, podendo exigir a rectificaçao dos dados e a sua actualizaçao*". Más aún, en la misma reforma de 1982, uno de los nuevos párrafos adicionados al Art. 35º (el actual apartado segundo) prohibe no sólo el acceso de terceros a ficheros con datos personales, sino también la respectiva interconexión, lo que se ha justificado[14] en la circunstancia de que el más grave problema que para la libertad encierra la informática es el de que el proceso automático de datos facilita la interconexión de ficheros, permitiendo de esta forma la creación de grandes bancos de datos en los que se

13 Puede verse esta Sentencia en el **Boletín de Jurisprudencia Constitucional**, núm. 30, octubre 1983, pp.1199 y sgtes. Especialmente, p. 1208 (Consideraciones de Derecho, II, epígrafe 42).

14 José Antonio Barreiros: *"Informática, liberdades e privacidade"*, en el colectivo, ***Estudos sobre a Constituiçao***, vol. I, Lisboa, 1977, p. 132.

plasma una suerte de retrato total del sujeto a que se refieren, y tal retrato puede ser en muchas ocasiones enormemente deformador.

En definitiva, frente a la informática se tutela la intimidad o, si así se prefiere, la autodeterminación informativa, descansando la técnica que a este fin se utiliza (la protección de datos) tanto en la prohibición de recoger de forma individualizada los datos que se consideran individualísimos (también llamados "datos sensibles"), como en el sometimiento de la recogida, elaboración, almacenamiento y transmisión de los restantes y rígidas limitaciones encaminadas a asegurar su veracidad y proporcionalidad, así como en el control de los interesados sobre la información que les afecta, lo que se consigue no sólo garantizando su acceso a los datos que les atañen, sino también su derecho a rectificarlos o cancelarlos.

3. El Convenio Europeo de 28 de Enero de 1981

El 28 de enero de 1981, en Estrasburgo, se firmaba el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, por los estados miembros del Consejo de Europa, que buscaban a través del mismo la ampliación de la protección del derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados, con vistas, en último término, a la conciliación de los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos.

El Convenio tiene como finalidad garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueran su nacionalidad o su residencia el respeto, en general, de sus derechos y libertades fundamentales y, en particular, de su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona, entendiéndose, a los efectos del Convenio, por "datos de carácter personal", cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable (persona concernida), y por "tratamiento automatizado", las operaciones de registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión, operaciones todas ellas efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados.

El ámbito de aplicación del Convenio atañe a los ficheros y a los tratamientos automatizados de datos de carácter personal en los sectores público y privado. Aunque el Convenio posibilita a un Estado parte la inaplicabilidad del mismo a determinadas categorías de ficheros automáticos de datos de carácter personal, impide al unísono que puedan ser excluidos de la aplicación del Convenio ficheros automatizados sometidos, con arreglo al derecho interno del Estado de que se trate, a disposiciones de protección de datos. De igual forma, se posibilita la aplicación del Convenio a informaciones relativas a agrupaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades, compañías o cualquier otro organismo compuesto directa o indirectamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica, como también a los ficheros de datos de carácter personal que no sean objeto de tratamientos automatizados.

El Convenio, a la par que establece un conjunto de previsiones en orden a garantizar la calidad de los datos y prevé la adopción de medidas de seguridad apropiadas para la seguridad de los mismos, se refiere específicamente a unas categorías particulares de datos, los que podríamos denominar "datos sensibles": los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, categorías todas ellas que no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas, regla que se prevé que haya de regir asimismo en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales.

Las determinaciones del Convenio orientadas a garantizar la calidad de los datos de carácter personal objeto de un tratamiento automatizado son estas:

a. Los datos en cuestión se han de obtener y tratar leal y legítimamente.
b. Se han de registrar para finalidades determinadas y legítimas, no pudiendo utilizarse de forma incompatible con dichas finalidades.
c. Serán (dichos datos) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado.
d. Serán exactos y si fuera necesario puestos al día.
e. Se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

Con vistas a la seguridad de los datos de carácter personal registrados en ficheros automáticos, el Convenio prevé la adopción de medidas de seguridad adecuadas para su protección contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados.

A modo de garantías complementarias para la persona concernida, el Art. 8º del Convenio reconoce a cualquier persona los siguientes derechos:

a. El derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero.
b. El derecho a obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal concernientes a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible.
c. El derecho a obtener, llegado el caso, la rectificación de dichos datos o el borrado de los mismos, cuando se hayan tratado con infracción de las disposiciones del derecho interno que hagan efectivos los principios básicos enunciados por el Convenio en relación a la calidad de los datos y a los "datos sensibles".
d. El derecho, finalmente, a disponer de un recurso si no se ha atendido a una petición de confirmación o, si así fuere el caso, de comunicación, de rectificación o de borrado.

El Convenio no admite excepción alguna en las disposiciones relativas a la calidad de los datos, a los "datos sensibles" y a los derechos reconocidos respecto de una persona concernida por un fichero automatizado de datos, con la única y exclusiva salvedad de que tal excepción, prevista por la ley del Estado parte, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado o para la represión de infracciones penales, como también para la protección de la persona concernida y de los derechos y libertades de otras personas. Por lo demás, el Convenio permite que la ley pueda prever restricciones en el ejercicio de los derechos a obtener comunicación sobre la existencia en un fichero de datos de carácter personal, a

la rectificación o borrado de dichos datos y a la disposición de un recurso, en relación con los ficheros automatizados de datos de carácter personal que se utilicen con fines estadísticos o de investigación científica, cuando no existan manifiestamente riesgos de atentado a la vida privada de las personas concernidas.

Finalmente, de conformidad con el Art. 10º del Convenio, cada parte se compromete a establecer sanciones y recursos convenientes contra las infracciones de las disposiciones de derecho interno que hagan efectivos los principios básicos para la protección de datos que enuncia el mismo Convenio.

4. La constitucionalización en España de la protección de los datos personales frente al uso de la informática.

El Art. 18.4 de la Constitución Española, en buena medida siguiendo de cerca el modelo portugués, iba a contemplar la conveniencia de limitar el uso de la informática con vistas a garantizar los derechos de los ciudadanos. A tenor del citado precepto:

> "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Esta previsión apareció ya en el mismo texto del Anteproyecto, siendo tan sólo objeto de una reforma significativa en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados con ocasión, especialmente, de la discusión de dos enmiendas, una del diputado del Grupo Parlamentario de UCD, señor Sancho Rof, y otra, del diputado del Grupo de la Minoría Catalana, señor Roca i Junyent. Estas dos enmiendas, de objetivos contrapuestos, ofrecieron la ocasión, como bien advierte Lucas Murillo, para reiterar la importancia de la cuestión y enfatizar la necesidad de adoptar medidas legislativas de protección.[15]

15 Pablo Lucas Murillo: "El derecho a la autodeterminación informativa", *op. cit.*, p. 151.

Mientras el Sr. Sancho Rof abogó en su enmienda por la supresión del precepto transcrito, al entender que nada añadía al reconocimiento general del Art. 18.7 CE (Constitución Española), garantizando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, entrañando, por el contrario, el riesgo de quedar obsoleto frente a la aparición de nuevos avances tecnológicos que amenazaren los citados derechos, posicionamiento que no prosperaría, el Sr. Roca i Junyent vino a proponer la ampliación del ámbito material que con la ley a la que se remite el Art. 18.4 CE se pretende proteger, que en un primer momento se circunscribía a los derechos personalísimos del Art. 18.1 CE.

A juicio del diputado catalán[16], cuando la Ponencia limita el uso de la informática a los daños que puedan producirse al honor y a la intimidad personal y familiar, se queda simplemente en una reflexión parcial de los problemas, "porque lo realmente grave aparece cuando esta información que puede dañar al honor incide en el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, es decir, cuando un ciudadano, por ejemplo, deseando constituir una asociación o promocionar una reunión, o bien practicar una actividad económica, encuentra que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos".

La Comisión aceptaría el planteamiento precedentemente expuesto, con lo que ello entrañaba de reconocimiento por parte del constituyente de la sustancial diferencia existente entre el ámbito de la intimidad personal y familiar y del honor y el propio de la protección de datos.

La determinación del Art. 18.4 ha de complementarse necesariamente con la del Art. 105°, b) CE, a tenor del cual: "La ley regulará: b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Para redondear lo que Pérez Luño denomina el "círculo hermético"[17] hay que referirse

16 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, núm. 70, 19 de mayo de 1978, p. 2527.

17 Antonio Enrique Pérez Luño: **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Tecnos, Madrid, 1984, p. 341.

también a la previsión del Art. 20.4 CE, de conformidad con el cual: "Estas libertades (las libertades informativas, de cátedra y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Una cuestión de interés que se puede suscitar al hilo del Art. 18.4 CE es la de si cabe ver en el mismo el reconocimiento de un derecho fundamental o si, por el contrario, se trata de un mero mecanismo de garantía.

Es evidente, a la vista de la propia dicción del Art. 18.4 CE, que este precepto no sólo pretende proteger la intimidad y el honor, sino también el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. Se trata, en consecuencia, de limitar el uso de la informática por cuanto el constituyente estima que del mismo pueden derivarse amenazas para el conjunto de derechos ciudadanos. El conjunto de componentes normativos del Art. 18° CE tiene como punto de referencia a la persona y a aquellas manifestaciones de la misma que le son más propias. Por tanto, como indica Lucas Murillo[18], no parece descabellado identificar en la defensa de la personalidad -como clave genérica- el bien a proteger. De esta forma, dicho bien jurídico objeto de protección desborda a la intimidad, propiciando la configuración de un nuevo derecho fundamental.

En esta misma dirección, el Juez de la Constitución[19], tras estimar que el Art. 18.4 CE ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva modalidad de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, entiende que estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática".

18 Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales ante el uso de la informática", *op. cit.*, p. 614.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 254/1993, de 20 de julio, fundamento jurídico 6°.

5. El contenido mínimo del derecho a la libertad frente a las agresiones provenientes de un uso ilegítimo de la informática.

El Art. 18.4 CE se remite a la ley a los efectos de regular normativamente ese instituto que a la par es garantía de un conjunto de derechos, pero también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental. Y esa ley de desarrollo constitucional es la Ley Orgánica 5/1992, del 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Es decir, transcurrieron catorce años desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la aprobación de la citada Ley Orgánica (LORTAD).

En el transcurso de ese período, España ratificaba por Instrumento del 27 de enero de 1984, el Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981, al que ya nos referimos.

Con anterioridad a la aprobación de la LORTAD, se interponía ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo núm. 1.827/1990, contra la degeneración presunta, por parte del Gobernador Civil de la provincia de Guipúzcoa y del Ministro del Interior, de la comunicación de la información que había solicitado el actor acerca de sus datos de carácter personal que obraban en ficheros automatizados de la Administración del Estado, así como contra la Sentencia de la Audiencia Territorial (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Pamplona de 1989, y la dictada por el Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección octava) del 30 de abril de 1990, que confirmaron la presunta denegación administrativa por entender que el Convenio Europeo de 1981 (en el que se fundaban las peticiones de información) no era de aplicación directa, siendo preciso el complemento de la actividad legislativa y reglamentaria interna para la aplicación práctica de sus disposiciones en España.

El Tribunal Constitucional iba a entender, en línea con una jurisprudencia muy reiterada desde la Sentencia 38/1981, que los textos internacionales ratificados por España despliegan ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos recogidos en la Constitución.

A partir de la consideración, ya expuesta anteriormente, de que el Art. 18.4 CE diseña, a la vez que un instituto de garantía, un auténtico

derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo de la informática, el Alto Tribunal constata que el primer problema que el derecho en cuestión suscita es el de la ausencia, hasta un momento posterior a los hechos que dan lugar a la demanda, de un desarrollo legislativo del mismo. Ahora bien, aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiriese de la *interpositio legislatoris* para su desarrollo y plena eficacia, la jurisprudencia constitucional ha negado que el reconocimiento constitucional de un derecho no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar *per se* pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado.

Cuando se opera con una "reserva de configuración legal" es posible -razona el Alto Tribunal[20]- que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido. A partir de aquí se plantea lógicamente el problema del cuál deba ser ese contenido mínimo, provisional, en relación con este derecho o libertad que el ciudadano debe encontrar garantizado, aun en ausencia de desarrollo legislativo del mismo.

Un primer elemento, el más "elemental", de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria.

Si se nos permite el *ex cursus* acerca del ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho, cabe significar que la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste[21].

20 STC 254/1993, de 20 de julio, fund. jur. 6º, *in fine*.

21 En el mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal. STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 4º.

En sintonía con la precedente reflexión, el Juez de los derechos fundamentales ha entendido[22] que la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (hábeas data).

El incremento de medios técnicos de tratamiento de la información puede propiciar un uso desviado de ésta y, consecuentemente, la efectiva invasión de la esfera privada de los ciudadanos afectados. Correlativamente, se hace precisa la ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad, que alcanza a restringir las intromisiones en la vida privada puestas en práctica a través de cualquier instrumento, aun indirecto, que produzca este efecto, y a incrementar las facultades de conocimiento y control que se hayan de otorgar al ciudadano, para salvaguardar el núcleo esencial de su derecho.

Como señala el Tribunal[23], la constatación elemental de que los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y sus servicios impide aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión. Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de la Administración donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarios para que los intereses protegidos por el Art. 18° CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad, que vincula directamente a todos los poderes públicos.

Y en otro momento[24], el "intérprete supremo de la Constitución", como lo define el Art. 1.1 de su Ley Orgánica, ha convenido en que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta.

22 STC 254/1993, de 20 de julio, fund. jur. 7°.

23 *Ibidem*.

24 STC 143/1994, de 9 de mayo, fund. jur. 7°.

Así se desprende, también, de los compromisos internacionales suscritos por España en la materia, y, en especial, del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por España, como ya señalamos, en cuanto impone a los Estados firmantes; principios específicos de actuación para la obtención de datos que garanticen la legitimidad de éstos y la adecuación de la información recibida en atención a las finalidades con ella perseguidas; un especial refuerzo de la reserva de datos en materias especialmente conectadas con el derecho a la intimidad, y la no difusión de "datos de carácter personal".

En definitiva, si el derecho a la intimidad no agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión, mucho menos aún lo hace el derecho a la libertad frente a las agresiones provenientes de un uso ilegítimo de la informática, que nos ofrece un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, esto es, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático.

6. El desarrollo legislativo del artículo 18.4 CE

Como ya hemos tenido oportunidad de recordar, la ley a que se refiere el Art. 18.4 CE iba a tardar casi tres lustros en ser aprobada. Ello no obstante, de modo fragmentario y parcial, diferentes disposiciones legislativas y reglamentarias suministraban una protección del derecho recogido por el referido precepto constitucional.

Así, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su disposición transitoria primera, determinaba que: "En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18°, apartado 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley".

Bien es verdad que, como señalara Lucas Murillo[25], esta solución

25 Pablo Lucas Murillo: "El derecho a la auto determinación informativa", *op. cit.*, pp. 159-160.

era claramente insuficiente, y ello por cuanto los daños que una persona puede sufrir como consecuencia de la elaboración informática de los datos relativos a ella misma no provendrán normalmente tanto de las informaciones reservadas que puedan sufrir ese destino, cuanto de la recogida y tratamiento de aquellas referencias personales de apariencia, en principio, inofensiva, o no reservada. Por eso, si se tiene en cuenta que todo el sistema defensivo de la Ley Orgánica N° 1/1982 descansa en el concepto de intromisión ilegítima y que ésta se concibe como una invasión subrepticia en la vida personal íntima se comprenderá con facilidad la razón por la que este régimen transitorio no podía dar demasiado juego en el ámbito que nos ocupa.

También era de aplicación, como ya se ha puesto de relieve, el Convenio europeo de 1981, si bien es preciso recordar que el Art. 4.1 del mismo preveía que: "Cada parte tomará, en su derecho interno, las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo". Ello significa que el Convenio se remite a los ordenamientos internos, que son los que han de precisar el específico sistema de garantías.

Al margen ya de las normas citadas, en otras leyes estatales encontramos previsiones que pueden ser de interés en relación con la materia que nos ocupa. Es el caso de la Ley General Tributaria, cuyo Art. 111.1 (tras su reforma acaecida en 1985) prevé de modo específico que el deber de colaboración con la Hacienda Pública facilitando los datos de relevancia a los efectos tributarios no alcanza a los datos privados no patrimoniales cuya revelación pudiera suponer un atentado contra el honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen.

También en el campo tributario tiene especial interés el Art. 1° de la Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de julio de 1982, a cuyo tenor, toda la información contenida en las bases de datos de la Hacienda Pública, con independencia de que sea personal, económica o estrictamente fiscal o de que afecte a personas físicas o jurídicas, será de uso exclusivamente reservado para el cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministerio de Hacienda.

La Ley Orgánica N° 5/1985, del Régimen Electoral General, prohibe en su Art. 41.2, en relación con el censo electoral, toda información particularizada sobre datos personales que obren en él, con algunas excepciones muy puntuales, como, por ejemplo, las informaciones de esa naturaleza que se soliciten por vía judicial.

En análoga dirección, alguna disposición de la Ley General de Sanidad insiste, frente a las administraciones sanitarias, en la inelubilidad de respetar el derecho de todo ciudadano a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

Recordemos finalmente que la Ley N° 12/1989, de la Función Estadística Pública, establece específicamente el secreto estadístico para la protección de los datos personales obtenidos por los servicios estadísticos tanto de los informantes, cuanto de las administraciones públicas.

Este conjunto de normas era, con todo, insuficiente en orden al necesario desarrollo constitucionalmente exigido por el Art. 18.4 CE. Y no dejaba de ser anómalo el excesivo tiempo transcurrido para el adecuado cumplimiento del mandato del citado precepto constitucional.

Quizá las exigencias impuestas por el Acuerdo de Schengen fueran decisivas en orden a este desarrollo legislativo[26]. En efecto, el 25 de junio de 1991, el Plenipotenciario de España firmaba en Bonn el Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Recordemos que el Título VI del referido Acuerdo contemplaba la "protección de los datos de carácter personal" (artículos 126° a 130°), y que el Acuerdo de Adhesión del Reino de España al citado Convenio contiene una declaración común de las partes contratantes por cuya virtud "el Gobierno del Reino de España se obliga a adoptar, antes de la ratificación del Acuerdo de Adhesión al Convenio de 1990 (el Convenio de Schengen), todas las iniciativas necesarias para que la legislación española sea completada de conformidad con el Convenio europeo de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y con observancia de la Recomendación R (87) 15, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del

26 Carlos Ruiz Miguel: "En torno a la protección de los datos personales automatizados", en **Revista de Estudios Políticos**, núm. 84, abril-junio 1994, pp. 237 y sgtes.; especialmente, p. 237.

Consejo de Europa, tendente a reglamentar la utilización de los datos de carácter personal en el sector policial".

Junto al Título anteriormente referido del Acuerdo de Schengen, si se nos permite el *ex cursus*, el Convenio de aplicación del Acuerdo dedica otro de sus títulos (el cuarto) al "sistema de información de Schengen". Dentro de ese título, su Capítulo tercero regula la protección de los datos de carácter personal y la seguridad de los datos en el marco del sistema de información de Schengen. Los artículos 109°, 110° y 111° reconocen a toda persona un conjunto de derechos, entre ellos: el derecho de acceso a los datos que se refieran a ella y estén introducidos en el sistema de información de Schengen; el derecho de rectificación de aquellos datos que contengan errores de hecho o de supresión de los datos que contengan errores de derecho referidos siempre a la persona en cuestión, y el derecho a emprender acciones, en el territorio de cada parte contratante, ante el órgano jurisdiccional o la autoridad competente en virtud del Derecho nacional, en particular a efectos de rectificación, supresión, información o indemnización motivadas por una descripción que se refiera a ella.

El Convenio de aplicación del Acuerdo establece (artículos 112° y 113°) asimismo la necesidad de que los datos de carácter personal introducidos en el "sistema de información de Schengen" a efectos de la búsqueda de personas se conserven tan sólo durante el tiempo necesario para los fines para los que se hubieren facilitado dichos datos. En cualquier caso, tres años después de su introducción como máximo, la parte contratante informadora deberá examinar la conveniencia de conservarlos. Ese plazo se reduce a un año respecto a ciertos datos (los contemplados por el Art. 99°) y se amplía a diez años en el supuesto de datos que no tengan carácter personal.

Digamos por último que el Art. 114° del Convenio contempla una suerte de garantía institucional, al obligar a cada parte contratante a designar una autoridad de control que, respetando el Derecho nacional, se encargue de ejercer un control independiente sobre el fichero de la parte nacional del "sistema de información de Schengen", así como de comprobar que el tratamiento y la utilización de los datos introducidos en el "sistema de información" no atentan contra los derechos de la persona de que se trate. Al unísono, el mismo precepto reconoce a toda persona el derecho a solicitar a las autoridades de control que comprueben los datos referentes a ella integrados en el "sistema de información", como también el uso que se haga de dichos datos.

Como antes señalamos, es posible que el Acuerdo de Schengen fuera el detonante que desencadenara la reacción del legislador español, que, a través de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), procedía a desarrollar el Art. 18.4 CE, ordenando normativamente esta materia.

7. Rasgos generales de la ordenación jurídica del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

La LORTAD tiene como ámbito de aplicación los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado, así como toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado. Este ámbito de aplicación se perfila por exclusión, complementariamente, al quedar fuera del mismo, entre otros, los datos anónimos, los que constituyan información de dominio público o aquellos otros que recojan información con la finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general (como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles).

La LORTAD deja vigentes las regulaciones especiales que contienen, por lo general, suficientes normas de protección y que se refieren a ámbitos que revisten tal singularidad en cuanto a sus funciones y sus mecanismos de puesta al día y rectificación que aconsejan el mantenimiento de su régimen específico. Tal acontece con las regulaciones de los ficheros electorales, del Registro Civil o del Registro Central de Penados y Rebeldes; así sucede asimismo con los ficheros regulados por la Ley 12/1989, de 12 de mayo, sobre función estadística pública, si bien que, en este último caso, con sujeción a la Agencia de Protección de Datos. Quedan de igual manera fuera del ámbito de la ley aquellos datos que, en virtud de intereses públicos prevalentes, no deben estar sometidos a su régimen cautelar (este es el caso de los ficheros automatizados cuyo objeto sea el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales regulados en el Art. 68º de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del Personal Militar Profesional).

El bien jurídico que la ley pretende garantizar es justamente el conjunto de derechos a los que alude el Art. 18.4 CE, esto es, el derecho

al honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos. En todo caso, con esta previsión, que acoge su Art. 1º, la LORTAD no aclara la polémica suscitada al respecto, esto es, la de si ese bien es la intimidad o, por contra, se desborda la intimidad para proteger ese derecho que el Tribunal Constitucional Federal alemán denominara "derecho a la autodeterminación informativa". Recordemos que, a juicio del citado Tribunal[27], del Art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn ("Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley") dimana "la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida".

Entre nosotros, Lucas Murillo[28] ha diferenciado el derecho a la intimidad, un clásico derecho de defensa, según este autor, que casa mal con la técnica de la protección de datos, entre otras consideraciones, porque los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, siendo suficiente con que se trate de datos personales, aunque sean inocuos, circunstancia que conduce al mismo autor[29] a propugnar el abandono de la referencia a la intimidad y la correlativa opción en favor de un nuevo derecho: el derecho a la autodeterminación informativa.

En todo caso, lo que resulta inequívoco en la LORTAD es que la amenaza potencial a la que se trata de hacer frente con la ley, desencadenada por el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos, recae sobre la privacidad. Como se precisa en la propia Exposición de Motivos de la LORTAD, se ha de notar que se habla de "privacidad" y no de la "intimidad". Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de las personas (el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos,

27 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983. *BverfGE*, 65, 1 y sgtes. La sentencia puede verse traducida por Mariano Daranas en el **Boletín de Jurisprudencia Constitucional**, nº 33 (1984), pp. 126 y sgtes.

28 Pablo Lucas Murillo: **Informática y protección de datos personales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 27 y sgtes.

29 ***Ibidem***, pp. 32-33.

por ejemplo), la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Queda claro, pues, que es la privacidad así entendida lo que trata de salvaguardarse por la LORTAD. La propia Exposición de Motivos de la norma legal concluye poniendo de relieve, en lo que ahora interesa, que mientras la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros apartados del Art. 18° CE y por las leyes que lo desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo.

En resumen, de modo genérico, bien puede decirse que la finalidad de la ley es hacer frente a los riesgos que para los derechos de la persona puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos.

Para dar una adecuada respuesta a las exigencias que dimanan del cumplimiento de esa finalidad, la ley se nuclea en torno a los que convencionalmente se denominan "ficheros de datos". La LORTAD introduce el concepto de "tratamiento de datos" ("operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"), concibiendo los ficheros desde una perspectiva dinámica; dicho en otros términos, no los entiende sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles, si llegasen a conectarse entre sí, de configurar un determinado perfil personal.

La LORTAD está animada por la idea de implantar mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información. A tal efecto se estructura la ley en una parte general y otra especial. La primera -como se reconoce en la Exposición de Motivos- atiende a recoger los principios en los que ha cristalizado una *opinio iuris* generada a lo largo de dos décadas, definiendo derechos y garantías encaminados a asegurar la vigencia de tales principios. Los principios reguladores de la recogida, registro y

uso de datos personales y, sobre todo, las garantías de la persona, constituyen la médula ósea de esta primera parte de la ley.

En su parte especial, la LORTAD trata de articular los extremos concretos que han de regir los ficheros de datos, a cuyo efecto comienza distinguiendo entre los distintos tipos de ficheros, según sea su titularidad pública o privada. Otra disposición de la parte especial que ha de ser destacada es la atinente a la transmisión internacional de datos, aspecto en el que la ley traspone la norma del Art. 12° del Convenio 108 del Consejo de Europa, apuntando así una solución para lo que ha dado en llamarse flujo transfronterizo de datos, solución que pretende conciliar la protección de la integridad de la información personal con el libre flujo de los datos, que constituye una auténtica necesidad de la vida actual (pensemos, por poner dos ejemplos concretos, en las transferencias bancarias y en las reservas de pasajes aéreos).

Una última observación ha de hacerse en relación con la norma legal que nos ocupa. Sobre su interpretación ha de incidir de modo inexcusable la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, que incide en distintos ámbitos del ordenamiento jurídico interno y, como bien se ha dicho[30], supone, ante todo, la necesidad de una nueva consideración de la Ley Orgánica N° 5/1992, a la luz de sus principios y disposiciones. En todo caso, es preciso partir de la idea de que tanto esta última Ley Orgánica como la aludida Directiva tienen su origen común en el tantas veces citado Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.

Es por ello mismo, por lo que la Ley Orgánica N° 5/1992, LORTAD, atendió ya en su nacimiento conceptos fundamentales que aparecen en la mencionada Directiva 95/46/CE, que, por otra parte, no tienen un reflejo legal tan claro en el resto de los países de la Unión Europea. Este es el caso, por ejemplo, de dos de los pilares básicos del tratamien-

30 María José García Beato: "Principios y Derechos en la Ley Orgánica N° 5/1992, de 29 de octubre, y en la Directiva 95/46/CE", en el colectivo, **Jornadas sobre el Derecho español de la protección de datos personales**, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, pp. 33 y sgtes.; especialmente, p. 35.

to automatizado de datos de carácter personal: de un lado, el principio del consentimiento del afectado, y de otro, el derecho de información del propio afectado.

8. Sujetos activos y pasivos

I. Aunque el Art. 18.4 CE parece limitar tan sólo a los ciudadanos la titularidad de estos derechos de personalidad, tal interpretación literal es inasumible. En cuanto estos derechos son inherentes a la propia dignidad del ser humano, parece incuestionable que de ellos deben gozar todas las personas, esto es, españoles y extranjeros.

Una interpretación sistemática de nuestra norma suprema conduce a esa solución por cuanto el Art. 13.1 CE establece que: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". A partir de este precepto constitucional no debe extrañar que el legislador, en sede orgánica, haya, con carácter general, sentado el principio de que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos que los españoles, como viene a establecer la Ley Orgánica N° 7/1985, de 1° de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

La LORTAD, en la misma dirección, habla ya en su Art. 1° de la necesidad de garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos. Esto es, alude específicamente a las personas físicas en general y no a los ciudadanos. No podía ser de otro modo si se advierte que también el Art. 1° del tantas veces referido Convenio de 28 de enero de 1981, dispone que el fin del Convenio es garantizar en el territorio de cada parte, a cualquier persona física, sean cuales fueren su nacionalidad o residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y en concreto, su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona.

Se ha cuestionado la doctrina de la titularidad por las personas jurídicas de estos derechos. Tanto Pérez Luño[31] como Lucas Murillo[32],

31 Antonio Enrique Pérez Luño: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en M. Losano y otros, **Libertad informática y leyes de protección de datos**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 154.

32 Pablo Lucas Murillo: "El derecho a la autodeterminación...", *op. cit.*, pp. 181-182.

optan por admitir la titularidad por parte de las personas jurídicas de estos derechos. A juicio de este último, en cuanto que las personas jurídicas no son sino instrumentos de que se valen los hombres para alcanzar determinados fines que de otro modo serían de más difícil consecución, puede considerarse que hay argumentos de peso en pro del reconocimiento de aquella titularidad. Sin embargo, y al margen ya de cualquier opción doctrinal, lo cierto es que la LORTAD ha rechazado y excluye expresamente dicha titularidad, al aludir de modo específico en su Art. 1º, como ya indicamos, a las personas físicas, siguiendo de esta forma la pauta adoptada por algunos países (Alemania, Francia, Irlanda, etc.) y separándose de la establecida en otros que sí reconocen la titularidad de las personas jurídicas en este orden de derechos (Austria, Dinamarca, Islandia, etc.).

II. Sujeto pasivo es quienquiera que sea responsable de un fichero automatizado de datos de carácter personal, como asimismo todo aquél que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de esos datos. De igual forma, a la vista del Art. 10º LORTAD, han de ser considerados sujetos pasivos quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal. Como subraya Lucas Murillo[33], tratándose de datos personales, no importa la finalidad concreta para la que se haya creado un fichero o el objetivo específico que inspire su tratamiento, aunque, ciertamente, determinadas actuaciones (como las relativas a la salud o a la investigación científica) merecen un régimen parcialmente específico.

La LORTAD centra su atención en los poderes públicos, si bien, como ya hemos tenido oportunidad de indicar, el Art. 2.1 de la ley, al delimitar su ámbito de aplicación, se refiere a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado, y el Art. 3º, d), al definir al "responsable del fichero", alude a la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, así como también al órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Por otra parte, en los ficheros de los que sean responsables las Administraciones Públicas, el Art. 45.2 LORTAD abre la posibilidad, en los supuestos de infracciones contempladas por

33 Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho Español"(II), en **Revista Colex**, nº 4, enero-febrero 1993, pp. 7 y sgtes.; especialmente, p. 9.

el Art. 43° de la misma norma legal, de enlazar las sanciones que la ley prevé para sus responsables con la exigencia de responsabilidad disciplinaria. A tal efecto, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias respecto de aquellos funcionarios que hubieren infringido sus deberes en perjuicio de los intereses tutelados por la ley, siendo el procedimiento y las sanciones a aplicar los establecidos en la legislación sobre régimen disciplinario de las administraciones públicas.

Como antes dijimos, las personas jurídicas no son sujetos activos de estos derechos, si bien, por el contrario, sí que son incluídas por la LORTAD como sujetos pasivos. Ya aludimos con anterioridad a cómo el Art. 3°, d), al referirse al responsable del fichero, alude a las personas jurídicas de naturaleza pública o privada. Quiere ello decir que los ficheros de personas jurídica de titularidad privada son objeto de las determinaciones de la LORTAD. La salvedad más significativa (Art. 2.2, e/LORTAD) atañe a los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones y comunidades religiosas en cuanto los datos se refieran a sus asociados o miembros y ex miembros, a cuyos ficheros no les serán de aplicación las normas de la LORTAD. Tampoco lo serán a los ficheros mantenidos por personas físicas con fines exclusivamente personales (Art. 2.2, b/LORTAD).

En las relaciones entre particulares rigen los mismos principios y derechos que en las relaciones que median entre los poderes públicos y los titulares de estos derechos. Sin embargo, a las relaciones entre particulares no se trasladan las numerosas exclusiones de la eficacia de estos derechos que se contemplan en la relación entre un ciudadano y un poder público, circunstancia que ha conducido a algún autor[34] a entender que en los ficheros de titularidad privada se garantiza una defensa teórica de la intimidad personal y familiar, de tal suerte que la protección de los datos personales parece completa.

9. Principios de la protección de datos

El Título II de la LORTAD (Arts. 4° al 11°) está dedicado a los prin-

34 Miguel Angel Davara Rodríguez: "La ley española de protección de datos (LORTAD): ¿una limitación al uso de la informática para garantizar la intimidad? (y II)", en **Actualidad Informática Aranzadi**, 19 de noviembre de 1992, pp. 1 sgtes.; especialmente, pp. 3 y 4.

cipios de la protección de datos. Estos principios generales definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley, a garantizar tanto la veracidad de la información contenido en los datos almacenados cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de los datos. Este principio, verdaderamente cardinal, de la congruencia y la racionalidad, garantiza que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados; su observancia es, por ello, capital para evitar la difusión incontrolada de la información que, siguiendo el mandato constitucional, la LORTAD pretende limitar.

El principio del consentimiento, o de autodeterminación, otorga a la persona la posibilidad de determinar el nivel de protección de los datos a ella referentes. Este principio se completa a través de la exigencia legal de que al procederse a la recogida de los datos, el afectado sea debidamente informado del uso que se les puede dar, al objeto de que el consentimiento se preste con conocimiento cabal de su exacto alcance.

Hechas estas reflexiones generales, nos centraremos en los principios legales de la protección de datos.

A. El consentimiento del afectado

El principio del consentimiento es la regla capital en esta materia. El Art. 6.1 LORTAD determina que "el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa". El propio artículo 6° en su apartado segundo, prevé una excepción a este principio general, por cuanto no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación de negocio, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

Este consentimiento ha de ser necesariamente expreso y por escrito del afectado en los datos especialmente protegidos (Art. 7.2 LORTAD), pudiendo además ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos (Art. 6.3).

Esta capacidad de autodeterminación o autodisposición sobre la información que a la persona atañe implica que esa persona puede concretar y pronunciarse acerca de los aspectos que no quiere que sean objeto de tratamiento automatizado y de aquellos otros sobre los que no tiene inconveniente en que así acontezca.

Como es lógico, el consentimiento opera decisivamente en el momento de la recogida de los datos. Es lógico por lo mismo que la LORTAD obligue a quien pretenda recoger esa información, a quien desee solicitar datos personales de un ciudadano, a informarle previamente de modo expreso, preciso e inequívoco acerca de los siguientes aspectos (Art. 5.1 LORTAD): a) de la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación; y, e) de la identidad y dirección del responsable del fichero. La única salvedad que la ley establece (Art. 5.3) respecto de la necesidad de suministrar esta información se ciñe al supuesto de que el contenido de ella se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

B. Los datos especialmente protegidos

Los contornos del principio del consentimiento, como ya hemos señalado, se refuerzan singularmente en los denominados "datos sensibles", como pueden ser, de una parte, la ideología o creencias religiosas, y de otra, la raza, la salud y la vida sexual. La protección reforzada de estos datos viene determinada porque los primeros de entre los datos mencionados sólo serán disponibles, como antes dijimos, con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, y los segundos sólo serán susceptibles de recopilación mediando dicho consentimiento o una habilitación legal expresa, habilitación que, según exigencias de la LORTAD; ha de fundarse en razones de interés general.

El Art. 7.1 LORTAD reitera la determinación constitucional del Art. 16.2 CE, en el sentido de que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Por lo mismo, cuando se proceda a recabar el consentimiento del afectado en relación con esos datos,

se deberá advertir expresamente al interesado acerca de su derecho a no prestarlo. Por lo demás, como ya hemos advertido con reiteración, sólo previo consentimiento expreso y recogido por escrito por el afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal reveladores de la ideología, religión o creencias.

En cuanto a los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, el Art. 7.3 LORTAD dispone que sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

En relación específicamente a los datos atinentes a la salud, la ley (Art. 8º) establece una norma particularizada, al disponer que, sin perjuicio de lo que la propia norma legal prevé en su Art. 11° para la cesión de datos, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con las disposiciones específicas de la Ley N° 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley N° 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y la Ley Orgánica N° 3/1986, del 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública.

La LORTAD, en todo caso, impide los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual de los ciudadanos, al prohibirlo expresamente su Art. 7.4.

Se refiere finalmente la ley (Art. 7.5) a los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, disponiendo respecto de ellos que sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

C. La calidad de los datos

Como bien dice Lucas Murillo[35], aunque el principio del consentimiento es el *prius* para la recogida de datos, consentir ante una solici-

35 Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español", *op. cit.*, p. 19.

tud no supone un apoderamiento general, ilimitado e irreversible en favor de quien ha formulado dicha solicitud. Por el contrario, la LORTAD es bien estricta y, por lo mismo, comienza su Título II ocupándose de esta cuestión (en su Art. 4º), a propósito de lo que ella misma denomina "calidad de los datos". El Art. 4º viene así a fijar un conjunto de reglas objetivas no sólo sobre los datos, sino también sobre la forma en que han de ser recogidos, utilizados y conservados tanto por los responsables públicos como por los privados. Junto a esas reglas objetivas, el precepto en cuestión establece una serie de vínculos que surten efectos respecto de quienes se dedican al tratamiento automatizado de los datos, vínculos que vienen a ser algo así como el reverso de los derechos de los afectados. Las reglas del Art. 4º LORTAD son las siguientes:

1ª El principio de congruencia entre la finalidad perseguida y la información recabada

A tenor del Art. 4.1 de la ley, sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido. Además, en la clasificación de los datos sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas.

A su vez, el Art. 4.2 dispone que los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

Una manifestación más de este principio la encontramos en el apartado quinto del Art. 4º de la LORTAD, a cuyo tenor: "Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados". Complementando esta previsión, el mismo apartado dispone que estos datos de carácter personal no serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados

En definitiva, la LORTAD exige una conexión clara y adecuada entre la finalidad legítima que persigue el fichero o el tratamiento y los datos que se requieren de la persona. En sintonía con ello, tales datos

no pueden utilizarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. Por lo mismo, la desconexión sobrevenida con la finalidad que motivó su captación determina la obligación de cancelar los datos afectados por ella.

2ª El principio de veracidad, exactitud y actualidad de los datos

Los datos han de ser exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado (Art. 4.3 LORTAD). Esta exigencia pesa, de modo muy especial, sobre los responsables del fichero, sea este público o privado, en cuanto que la Ley (Art. 4.4) obliga a cancelar y sustituir de oficio los datos de carácter personal registrados cuando estos resultaren ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos. En tales casos, la sustitución de oficio se hará por los correspondientes datos rectificados o completados, y ello siempre sin perjuicio del derecho de rectificación y cancelación que la ley reconoce en su Art. 15° a los afectados.

3ª Forma de almacenar los datos

Algunas reglas relacionadas con la calidad de los datos también se ocupan de la forma en que deben almacenarse las informaciones personales recogidas. Ya hemos dicho que el Art. 4.1, *in fine*, dispone que en la clasificación de los datos sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas. Tampoco podrán ser conservados, como también señalamos con anterioridad, en forma tal que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados (Art. 4.5). Finalmente, los datos serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del interesado (Art. 4.6).

4ª Interdicción de la recogida de datos ilícita

El aparato séptimo del Art. 4° de la LORTAD prohibe taxativamente la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

5ª El derecho al olvido

Lucas Murillo[36] habla de la existencia en la LORTAD de una suerte de derecho al olvido. Quien consiente que aspectos relativos a su persona puedan ser incorporados a un fichero informático y ser objeto de elaboración con vistas a su utilización en un sentido específico, puede delimitar temporalmente su autorización, tal y como ya advertimos, fijando un plazo determinado o determinable transcurrido el cual recupera la plena disposición sobre la información que le concierne, debiendo producirse entonces la cancelación de los registros que la contuviera. En tal sentido, el Art. 15.5 LORTAD dispone que los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del fichero y el afectado.

La propia LORTAD (Art. 28°) establece un plazo para el registro y cesión de datos personales, al circunscribir los que pueden registrar y ceder los ficheros privados sobre la solvencia patrimonial y el crédito. En concreto, aquellos que sean adversos a la hora de determinar la solvencia económica de una persona, a tenor del citado precepto legal, no pueden remontarse a más de seis años.

Por lo demás, ya hemos visto cómo, mediando una causa justificada, el consentimiento prestado puede ser revocado si bien tal revocación no puede operar retroactivamente. Asimismo, también hemos visto que el Art. 4.5 LORTAD ordena la cancelación de los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados.

D. Seguridad de los datos

La LORTAD dedica uno de sus preceptos (Art. 9°) a la seguridad de los datos, previniendo al respecto que el responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

36 *Ibídem*, pp. 21-22.

De igual forma, se establece (Art. 9.2) que no se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

Finalmente, la ley se remite a la ordenación reglamentaria a los efectos del establecimiento de los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los "datos sensibles" a que se refiere el Art. 7º de la propia ley.

E. Deber de secreto

El Art. 10° LORTAD prevé de modo específico un deber de secreto que afecta al responsable del fichero automatizado y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal. Todos ellos están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligación que subsiste aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo.

F. Cesión de datos

Para la adecuada salvaguarda de los derechos de la personalidad a que se refiere la LORTAD, resulta esencial la correcta regulación de la cesión de los datos almacenados. Como se admite en la Exposición de Motivos de la Ley, es, en efecto, el cruce de los datos almacenados en diversas instancias o ficheros el que puede arrojar el perfil personal de un individuo, cuya obtención transgrediría los límites de la privacidad. Para prevenir estos perturbadores efectos, la ley completa el principio del consentimiento, exigiendo que, al procederse a la recogida de los datos, el afectado sea debidamente informado del uso que se les puede dar, al objeto de que el consentimiento se preste con conocimiento cabal de su exacto alcance.

De conformidad con el Art. 11.1 LORTAD, los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consenti-

miento del afectado. Este consentimiento, que tiene carácter revocable (Art. 11.4), será nulo cuando no recaiga sobre un cesionario determinado o determinable, o si no constase con claridad la finalidad de la cesión que se consiente (Art. 11.3 LORTAD). Por otro lado, el cesionario de los datos de carácter personal se obliga, por el sólo hecho de la cesión, a la observancia de las disposiciones de la LORTAD (Art. 11.5).

El consentimiento exigido por el Art. 11.1 para la cesión no es preciso, de conformidad con el apartado segundo del mismo Art. 11°, en los siguientes casos: a) cuando una ley prevea otra cosa; b) cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público; c) cuando el establecimiento del fichero automatizado responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho fichero con ficheros de terceros; d) cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatarios el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas; e) cuando la cesión se produzca entre las administraciones públicas en los supuestos contemplados por el Art. 19° de la ley; y, f) cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero automatizado o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos por la Ley General de Sanidad.

10. Los derechos de las personas

Las garantías de la persona son, como bien se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley, los nutrientes nucleares de la parte general de la norma, y se configuran jurídicamente como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los principios generales. Son, en efecto, los derechos de autodeterminación, de amparo, de rectificación y de cancelación los que otorgan virtualidad normativa y eficacia jurídica a los principios consagrados en la parte general de la ley, a los que ya nos hemos referido, principios que, parece evidente, sin los derechos subjetivos que ahora analizaremos, no rebasarían un contenido meramente programático. En concreto, los derechos de acceso a los datos, de rectificación y de cancelación, se convierten en las piezas centrales del sistema cautelar o preventivo instaurado por la LORTAD.

Nos referiremos a continuación a cada uno de estos derechos, de modo particularizado.

A. El derecho de información

El Art. 13° LORTAD determina que cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos (órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos en el que han de inscribirse, entre otros, todos los ficheros automatizados de propiedad pública o privada), la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, como también sus finalidades y la identidad del responsable del fichero. Esta consulta, como cualquier otra realizada ante el citado Registro, será pública y gratuita.

Como bien señala la doctrina[37], el Registro es un medio indispensable para conocer de donde proceden los riesgos potenciales para los derechos de las personas y ejercer las medidas preventivas y, si es el caso, represivas que se hagan necesarias.

B. El derecho de acceso

El Art. 14° de la ley contempla este derecho capital, al reconocer al afectado el derecho a solicitar y obtener información de sus datos de carácter personal incluidos en los ficheros automatizados. La información puede consistir en la mera consulta por medio de su visualización, o en la comunicación de los datos pertinentes (es decir, de todos los que atañen a tal persona) mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos convencionales que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

El acceso ha de poner de relieve asimismo, aunque no se contemple de modo explícito por el Art. 14°, las cesiones que han hecho de los datos del afectado a terceros, así como la identidad del cesionario y la finalidad que éste persigue. Y ello ha de ser así aunque el Art. 25° LORTAD exija asimismo que el responsable de un fichero, en el momento en que se efectúe una primera cesión de datos, debe informar de

37 Pablo Lucas Murillo: "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español" (II), *op. cit.*, p. 26.

ello a los afectados, indicando asimismo la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos y el nombre y dirección del cesionario.

A partir del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, tantas veces citado (cuyo Art. 8º, b), recordémoslo, reconoce el derecho de cualquier persona a obtener a intervalos razonables y sin demora o gastos excesivos, la confirmación de la existencia o no en el fichero automatizado de datos de carácter personal que conciernan a dicha persona, así como la comunicación de dichos datos en forma inteligible), el Derecho comparado nos revela que puede exigirse un canon o contraprestación no excesivo (esto es, razonable) por este acceso. La LORTAD no se pronuncia al efecto, bien que su Art. 16.2 deja abierta esta posibilidad por la vía reglamentaria, en cuanto que limita la no exigencia de contraprestación alguna a los supuestos de rectificación o cancelación de los datos de carácter personal inexactos.

En sintonía con el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa (que, como acabamos de ver, habla de "intervalos razonables"), el Art. 14.3 de la ley determina que el derecho de acceso sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el afectado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrá ejercitarlo antes.

El procedimiento para ejercitar el derecho de acceso, así como el de rectificación y cancelación será establecido reglamentariamente, tal y como prevé el Art. 16.1 LORTAD.

C. El derecho de rectificación

Este derecho de rectificación, como es lógico, se dirige a obtener la corrección o integración de aquellos datos que figuren de manera inexacta o incompleta en un fichero. Como es obvio, está llamado asimismo a posibilitar la actualización de la información que se haya visto desfasada.

El Art. 15.1 de la ley dispone que el responsable del fichero tendrá la obligación de hacer efectivo, en el plazo que reglamentariamente se establezca, el derecho de rectificación, habiendo de ser rectificados (Art. 15.2) los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos. Si los datos rectificados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la rectificación efectuada al cesionario (Art. 15.3).

Ya hemos señalado con anterioridad que, a tenor del Art. 16.2 LORTAD, no podrá exigirse canon o contraprestación alguna por la rectificación de los datos de carácter personal inexactos.

D. El derecho de cancelación

Tiene este derecho por objeto eliminar del fichero aquellos datos personales que ya no deban figurar en él, bien porque nunca debieron ser registrados, bien porque, habiendo sido recogidos legalmente, alguna causa exija su supresión.

El propio Art. 15° LORTAD acoge, conjuntamente con el derecho de rectificación, el de cancelación, determinando la obligación del responsable del fichero de hacer efectivo, en el plazo reglamentariamente previsto, el derecho de cancelación del afectado. Los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos serán, en su caso, cancelados. Si los datos cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la cancelación efectuada al cesionario.

Recordemos que el Art. 4.4 LORTAD, como ya vimos, establece un supuesto de cancelación de oficio de aquellos datos de carácter personal registrados que resultaren ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos. Ello debe ponerse en conexión con el Art. 15.2, que recoge el derecho del interesado a la cancelación, también en los supuestos de de datos incompletos o inexactos.

En cuanto al plazo, es preciso señalar que, transcurrido el que contemplaba la autorización del afectado, o la disposición normativa que permitía su recogida (recordemos la previsión legal ya comentada sobre los ficheros de titularidad privada relativos a la solvencia y al crédito patrimonial), o dándose la circunstancia prevista en el párrafo segundo del Art. 4.5 LORTAD (es decir, cuando hayan dejado de ser pertinentes o necesarios para la finalidad para la que fueron recabados y registrados), deberá procederse a su cancelación de oficio y, desde luego, a requerimiento del titular del derecho. Como bien advierte Lucas Murillo[38], esta interpretación puede entresecarse, a *contrario sensu* del Art. 15.5 de la ley, pues al indicar en qué circunstancias deben conser-

38 *Ibídem*, p. 29.

varse los datos (los datos deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del fichero y el afectado), abre el derecho a exigir su cancelación en todos los demás supuestos.

Finalmente, el Art. 15.4 LORTAD establece un supuesto en el que no procede la cancelación: cuando pudiese causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros o cuando existiese una obligación de conservar los datos. Parece una necesaria evidencia entender que la primera de esas causas sólo ha de venir referida a la cancelación de oficio, no a la instada por la persona a la que conciernen los datos, pues carece de toda lógica pensar que la defensa del afectado deba hacerse contra su voluntad. En cuanto a la tercera de las causas, Lucas Murillo[39], con buen criterio, cree que esa obligación de conservar los datos ha de derivar expresamente de una ley que, también, ha de ser orgánica. Y ello porque si nos hallamos en el ámbito de un derecho fundamental, no basta para limitarlo ni una mera norma administrativa, ni tampoco una ley ordinaria.

E. El derecho a impugnar los actos o decisiones que impliquen valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados

El Art. 12° LORTAD reconoce el derecho de la persona afectada a impugnar los actos administrativos o las decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Se trata, pues, de reaccionar jurídicamente, a través de esta vía impugnatoria, frente a aquellas situaciones en las que, como ya señalamos haciéndonos eco de la Exposición de Motivos de la propia ley, a partir de datos de diferente naturaleza, se diseña un perfil personal de un individuo determinado, cuya obtención, como también dijimos, transgrediría los límites de la privacidad.

Y es que lo que claramente parece querer rechazar el legislador al perfilar en el Art. 12° este derecho de impugnación, es que un acto

39 *Ibídem*, p. 30.

administrativo o una decisión privada que sean perjudiciales para una persona tengan como único fundamento la valoración de esa misma persona verificada por una concreta elaboración informática. Se trataría, como dice Lucas Murillo[40], de proteger la autodeterminación informativa en un aspecto fronterizo con el honor. No es tanto el menoscabo de la estima y consideración que cada uno debe merecer lo que pretende combatir el Art. 12°, sino el que una reconstrucción artificial del perfil personal de un individuo le depare perjuicios en sus relaciones públicas o privadas.

F. Tutela de los derechos y derecho de indemnización

El Art. 17° LORTAD contempla los mecanismos procesales con los cuales hacer frente a las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la propia Ley.

El primero de esos cauces procesales consiste en la reclamación por los afectados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.

Si se nos permite el *ex cursus*, la Agencia de Protección de Datos, que crea la LORTAD (a la que dedica su Título VI), es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se rige por lo establecido por la propia ley y por un Estatuto aprobado por Real Decreto N° 428/1993, del 26 de marzo, modificado por otro Real Decreto, el N° 156/1996, del 2 de febrero. Al frente de la Agencia se encuentra la figura de su Director, nombrado de entre quienes componen el Consejo Consultivo, mediante Real Decreto, por un período de cuatro años. A su vez, el Consejo Consultivo, de conformidad con el Art. 37° LORTAD, se halla compuesto por los siguientes miembros: a) un Diputado, propuesto por el Congreso; b) un Senador, propuesto por el Senado; c) un representante de la Administración Central, designado por el Gobierno; d) un representante de la administración local, propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias; e) un miembro de la Real Academia de la Historia, propuesto por la misma;

40 *Ibídem*, p. 31.

f) un experto en la materia, propuesto por el Consejo Superior de Universidades; g) un representante de los usuarios y consumidores, seleccionado del modo que se prevea reglamentariamente; h) un representante de las Comunidades Autónomas, cuya propuesta se realizará a través del procedimiento que se establezca en las disposiciones de desarrollo de la LORTAD; y, finalmente, i) un representante del sector de ficheros privados, para cuya propuesta se seguirá el procedimiento que se regule reglamentariamente.

La Agencia de Protección de Datos bien puede considerarse una garantía institucional del conjunto de los derechos previstos por la LORTAD.

El procedimiento de reclamación de los afectados ante la Agencia ha sido regulado por el Art. 17° del Real Decreto N° 1332/1994, del 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica N° 5/1992. Tal procedimiento se iniciará a instancia del afectado o afectados, expresando con claridad el contenido de su reclamación y de los preceptos de la Ley Orgánica N° 5/1992 que se consideren vulnerados.

Recibida la reclamación en la Agencia, se dará traslado de la misma al responsable del fichero, para que, en el plazo de quince días, formule las alegaciones que estime pertinentes.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo anteriormente referido, la Agencia de Protección de Datos, previos los informes, pruebas y otros actos de instrucción pertinentes, incluída la audiencia del afectado y nuevamente del responsable del fichero, resolverá sobre la reclamación formulada, dando traslado de la misma a los interesados.

Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo.

El segundo de los cauces procesales a que venimos refiriéndonos atañe, tras el reconocimiento que el Art. 17.3 de la ley hace del derecho de indemnización de los afectado que, como consecuencia del incumplimiento de las determinaciones legales, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos, a la responsabilidad que hubieren podido contraer los sujetos pasivos. La Ley abre aquí dos vías diferenciadas según se trate (Art. 17.4) de ficheros de titularidad pública o de ficheros de titularidad privada (Art. 17.5). En el primer caso, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas, es decir, según la normativa

prevista por la Ley N° 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el segundo supuesto, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, o lo que es igual, ante la jurisdicción civil.

Sobre el Hábeas Data y su tutela*

Domingo García Belaunde

Mi intervención estaba dirigida al Hábeas Data y al Amparo en el Perú. Pero como mi amigo Francisco J. Eguiguren ha expuesto con mucha solvencia sobre estos temas, en especial sobre los antecedentes y desarrollo del Hábeas Data, he optado por hacer un planteo distinto, que privilegia ciertos aspectos doctrinarios, y que me parece de interés.

Mi exposición tendrá dos partes. Una genérica, un poco teórica y debatible sobre lo que es el Hábeas Data y los problemas teóricos que suscita. Y una parte final más breve, en que haré una pequeña referencia al debate político que hubo sobre el Hábeas Data en el Perú, punto que el Dr. Eguiguren no ha tocado, permitiéndome hacer este *ex cursus*.

Pienso que la problemática que vamos a abordar ahora, está relacionada con lo que hemos discutido y con las cosas que se han dicho. Ustedes me van a disculpar que tome posición en este tema, porque a través de estas jornadas, de estos días, hemos hablado de muchas cosas relacionadas con el Hábeas Data, y hay muchas más que han quedado sueltas. Y quizá alguien debía hacer un resumen o un replanteo; no digo que yo sea el indicado, ni que lo que yo haga sea lo más acertado, pero por lo menos voy a intentarlo. En todo caso, todo está sujeto a ratificación, rectificación o aplauso si es que hubiese algún entusiasta de la idea.

Creo que lo primero que tenemos que abordar (naturalmente esta es una posición personal que les ruego que acepten como tal) es el

---

* La primera versión de este texto apareció en **Ius et Praxis. Derecho en la región**, núm. 3, Talca, primer semestre de 1997, con errores y omisiones. Se publica nuevamente revisado y corregido, respetando las características de una exposición oral.

problema de la terminología; o sea, qué término emplear. Acá tenemos que remontarnos a la Revolución francesa y a la influencia que ella ha tenido sobre nosotros, así como la doctrina francesa inicial, a veces directamente, a veces a través de la práctica española. Y es el uso clásico de la palabra "garantía".

Ella en su sentido clásico es un equivalente a lo que hoy conocemos como derecho. Los franceses hablaron de las garantías. ¿Quién no conoce una garantía? El libre tránsito, el libre pensamiento, la libre expresión de ideas, la libertad de prensa; esas eran garantías.

Los revolucionarios franceses se abrazaban emocionados pensando que con la simple proclamación de los derechos, éstos se iban a cumplir. Y no previeron que en el fondo los derechos, tal como estaban enunciados ahí, generaban confusión porque unas veces usaban la palabra garantía y otras de derecho. No fueron concientes que todo enunciado referido a la persona necesitaba un instrumento de protección. Y es que el Derecho Procesal en esa época no existía; va a existir mucho más tarde. Entonces hay una confusión que se refleja en los textos latinoamericanos, sobre todo en el siglo XIX y bien entrado el siglo XX, y vigente en algunos, como es el caso de México; Perú y Argentina hasta hace poco, en el cual la garantía es igual que derecho. Y se habla de derechos y garantías en forma sinónima, como si fuesen equivalentes.

Sin embargo, los constitucionalistas llamaron la atención, ya a principios de este siglo, sobre este hecho. Hay una monografía clásica del año 27, en la cual un gran maestro argentino, Carlos Sánchez Viamonte, en su estudio sobre el Hábeas Corpus, dice: No es posible seguir llamando al libre tránsito o al libre pensamiento garantía, porque ellos por sí solos no garantizan nada, necesitan de otro instrumento para garantizarlos. Entonces Sánchez Viamonte en aquella época, cuando el procesalismo científico estaba recién conociéndose y él seguramente lo desconocía aún más, llegó por intuición a la conclusión que el Hábeas Corpus, o sea, el instrumento, era la garantía. ¿De qué? de los derechos que éste protegía; o sea, en su sentido clásico, la libertad de locomoción.

Entonces, hay una primera acepción de la palabra garantía, la clásica, que tiene imperio casi absoluto en los Estados latinoamericanos, sobre todo en el siglo XIX y en gran parte del siglo XX. Y esta confusión todavía existe en la doctrina, pues se usa garantía como sinónimo de derecho.

Más adelante, a la altura de los años 50, se empieza a correr traslado del concepto de garantía, o sea el nombre "garantía" se conceptúa como un instrumento de defensa. Y esto se nota claramente en la doctrina latinoamericana, sobre todo en la obra de un gran maestro, amigo de todos nosotros, que es Héctor Fix Zamudio, la cual dice que las garantías son los instrumentos procesales aptos para la defensa de los derechos fundamentales. O sea, para la concepción reciente, una cosa es el derecho y otra es el instrumento para proteger el ejercicio de ese derecho.

En ese sentido, alguna parte de la doctrina habla de acciones de garantía, y así nuestra Constitución peruana, dando un paso adelante desde una tradición bastante antigua, habla de acciones de garantía. El Hábeas Data está calificado en la Constitución de 1993 como una acción de garantía.

Pero el tercer concepto que aquí nos interesa, es el concepto moderno y científico, en el cual éstos son considerados como procesos. Justamente, en una comisión en la que estamos trabajando en Lima, intentamos estructurar todo esto relativo a la parte procesal, estamos calificando el Hábeas Data como Proceso de Hábeas Data. No acción, sino proceso constitucional, porque la acción es algo abstracto, que sirve para iniciar algo, pues la acción en sí misma no es nada. Entonces, lo primero es ponernos de acuerdo con el concepto.

Parte de la doctrina latinoamericana ya empieza a hablar de procesos constitucionales. A raíz de la Constitución del Brasil, hay muchos autores que han trabajado esos instrumentos, como son el Hábeas Data, la Injuncao, el Mandato de Segurança, etc. Creo que esto habría que tenerlo presente, para saber a qué es a lo que estamos apuntando.

Esto nos lleva al segundo aspecto. Los clásicos derechos fueron enunciados fundamentalmente en las llamadas por los historiadores, revoluciones burguesas del siglo XVIII. Fundamentalmente revoluciones liberales en Estados Unidos y en Francia, cuando fueron declarados los derechos fundamentales del hombre, o los derechos naturales, etc. Luego, esos derechos tienen que ver con una parte fundamental del Derecho Constitucional, pero la parte de la protección instrumental es otra cosa. Y aunque hay una discusión sobre esto en algunos medios constitucionales, yo me inclino a pensar que la parte instrumental es propia de la Teoría del Proceso, es propia del Derecho Procesal. Y esto debe dar justamente nacimiento a lo que ya está siendo estudiado tímidamente

por algunos autores, que es el Derecho Procesal Constitucional como una rama del Derecho Procesal, en el entendido que el proceso es uno solo, como lo dicen los mejores procesalistas modernos.

Autores muy acreditados así lo señalan, y no voy a referirme sino solamente a los latinoamericanos como Véscovi por ejemplo, Devis Echandía, o algunos que han estado mucho tiempo en América Latina, como es el caso de Fairén Guillén, quien en un libro publicado en México, señala que el proceso es uno solo, y que el área de aplicación varía. Entonces en el área civil se llama Derecho Procesal Civil, si es penal se llama Derecho Procesal Penal, y así sucesivamente.

Habría así un Derecho Procesal Constitucional. Esto nos serviría para distinguir lo que es el Derecho Constitucional de lo que es el Derecho Procesal Constitucional, que es la parte procesal. Lamentablemente los procesalistas no se preocupan de esta parte procesal constitucional, porque no conocen constitucional. Ese es el problema, o esa es la tragedia. Normalmente todos recibimos una formación civil y penal; entonces el procesalista civil sabe civil y el procesalista penal sabe penal, pero el procesalista constitucional requiere saber constitucional y el procesalista común y corriente, generalmente no lo sabe.

Acá he visto en el plan de estudios de esta Facultad, un programa en el cual se dicta el curso de Derecho Procesal Constitucional, lo cual me parece un avance notable. Deben ser tres o cuatro casos en América Latina; no creo que haya más.

Partiendo de eso, arribamos al tercer punto. ¿Qué hacemos con el Hábeas Data? Cae por su propio peso que el Hábeas Data es una figura procesal para la defensa de determinados derechos, que es propia de la disciplina que algunos conocen, estudian, divulgan, etc., como Derecho Procesal Constitucional. Lo que pasa es que su manejo, su ejercicio es procesal, pero sus fundamentos son constitucionales. Lo cual no impide, que los constitucionalistas lo estudien y practiquen.

Por tanto el Hábeas Data, al ser una acción o instrumento típicamente procesal, debe ser enmarcado dentro de lo que es la Teoría del Proceso, y en consecuencia definido conforme a ella, y no a lo que querramos nosotros como constitucionalistas.

Pero si seguimos adelante naturalmente viene la otra pregunta. ¿Qué hacemos con esta figura procesal? Antes que nada ¿tiene que ser una figura procesal? Bueno, eso depende del legislador, quien las crea, o en su defecto del constituyente. No hace falta que se llame expresamente

Hábeas Data; en el caso argentino no existe ese nombre en la reforma constitucional, lo que existe es un Amparo, en cuya parte final, como un subtipo, existe el Hábeas Data para fines específicos. Igual podríamos decir de México, en donde el Amparo es el gran instrumento clásico protector de los derechos fundamentales.

Aquí se nos abre un abanico de posibilidades. El primer problema es si le damos o no el nombre de Hábeas Data. La literatura argentina recoge ese nombre, pero la Constitución no habla de Hábeas Data, con lo cual el nombre viene a ser una creación de la doctrina. Lo que existe es un Amparo que en una de sus modalidades protege a la persona frente a determinados casos, que la doctrina conoce como Hábeas Data. Pasa a ser una opción del legislador, podemos dárselo o no dárselo. Lo importante no es eso, sino lo que se protege, como veremos más adelante.

Supongamos que se acepte crear la figura; entonces el siguiente paso es ver cómo regulamos su ejercicio. Porque el grave problema que hemos tenido con varios derechos es que a la hora de protegerlos, no hemos tenido cómo hacerlo. Aquí hay dos posturas. La clásica latinoamericana en la cual a falta de reglamentación simplemente se dice que el derecho no puede ser ejercido ni defendido. Y la otra que sostiene que el derecho debe ser defendido, y si no hay una reglamentación, se debe crear una por analogía.

Es un poco lo que pasó con el Amparo de Argentina, que primero fue una creación pretoriana y luego se plasmó en la ley. Entonces, ¿cómo se regula su ejercicio? Puede no regularse y teóricamente la jurisprudencia podría configurarlo, pero esto es muy difícil en países de tradición romanista. Estos países tienden a la sumisión a la letra, a la exégesis, al código, y al texto de la ley. Esa es una herencia francesa que todavía queda, lamentablemente. Las excepciones no hacen más que confirmar la regla.

¿Cómo se regula? Puede regularse en una ley especial o en los códigos de la materia. En algunos códigos, por ejemplo en el Código Procesal Civil actual y el anterior en el Perú, se dice que en todos aquellos casos en que se controvierta un derecho legítimamente exigible y que no esté expresamente regulado, se guiarán por tal proceso que es de carácter común. Entonces uno se acomodaba a esa especie de proceso "ómnibus", al cual se subían todos aquellos que no tenían un proceso específico.

Pero puede ser una ley especial. O los códigos o leyes generales, de acuerdo al tipo de legislación que tiene cada país. ¿Cuál de estas opciones es mejor? Vuelvo a lo anterior; ésta es una opción legislativa, aunque en América Latina tendemos a usar leyes especiales en materia de procesos constitucionales. Hay un caso notable que es Costa Rica que tiene una ley de jurisdicción constitucional (1989) y pienso que a la larga nuestros países se van a abrir a la idea de hacer códigos procesales constitucionales. El problema es que la disciplina es muy joven, muy nueva, y por eso el nombre puede parecer ambicioso.

El otro punto, el más debatible, se refiere a cuáles son los derechos que el Hábeas Data debe proteger. Quiero traer a colación algo que he visto al escuchar las opiniones de mis colegas, muy interesantes todas ellas y es lo siguiente: creo que a la hora de configurar una institución hay que darle un contenido acorde con lo que anuncia el título. En América Latina, en muchos países y el Perú entre ellos, en los años 20 y 30 operó lo que un comparatista norteamericano, Hessel Yntema, llamaba la "deformación del Hábeas Corpus". Pasó una época en el Brasil hasta el año 26 si no me equivoco, en que el Hábeas Corpus se usaba para todo y era una especie de amparo mexicano. No tan grande ni tan dimensionado, porque el Amparo mexicano es un águila, un cóndor de los Andes con alas muy desplegadas y con una cobertura inmensa.

Después vino la gran reacción, y en el Perú y en otros países de la América Latina, se ha definido y precisado la figura del Hábeas Corpus. Y es que el Hábeas Corpus en su trayectoria histórica tiene un nítido matiz de defensa de la persona, de la libertad individual. La libertad individual no solamente es el arresto, sino que es muchas cosas más. En Inglaterra hay siete modalidades de Hábeas Corpus que sirven incluso para trasladar a un preso de una Corte a otra. Hay un famoso jurista inglés es Edward Jenks, que a principios de siglo decía que el Hábeas Corpus no solamente sirve para liberar a una persona, sino para meterla en la cárcel, si bien adecuadamente, legalmente. Guarda una estructura con su nombre. El caso del Amparo es distinto, porque la palabra amparo es más comprensiva, y permite jugar con muchas cosas.

Aunque cronológicamente el primer Amparo es el mexicano, en mi opinión ha dejado de ser ya un prototipo o paradigma; es un ente deforme que se dicta en las universidades en un curso de Amparo durante

dos años, y hay tratados de Amparo y hay abogados amparistas, porque el Amparo es todo: es casación, es Hábeas Corpus, es control de leyes, es todo. O sea, más prototipo es hoy día el Amparo sudamericano, o protección o tutela, o como lo queramos llamar.

En el caso del Hábeas Data, que es una aplicación de la figura del Hábeas Corpus, esto es "tráiganse los datos", habría que guardar correspondencia con la naturaleza del nombre y que es la protección del dato. No puede proteger todos los derechos, sino que debe limitarse a la protección de algunos derechos. El problema sería qué tipo de dato y a través de qué.

Otro punto importante es, y este es quizá el gran debate que se va a dar en Chile y se dió en el Perú en su momento y en otros países, es si el Hábeas Data debe tener o no un estatus constitucional. Vimos que la tendencia es que esté en las constituciones, que aunque son pocas y contando al cripto Hábeas Data argentino, no creo que en América Latina, aunque no los he contado, pasen de cinco los países en donde figure con su propio nombre. No digo los derechos que se defienden, que es distinto.

¿Debe o no elevarse esto a rango constitucional? Yo diría que en principio no. He tratado de buscar una explicación histórica. ¿Por qué se inicia en un país como es el Brasil y con una especie de efecto dominó empezamos a repetirlo? Ruego que disculpen la simplicidad de mi explicación, pero creo que viene un poco por la parte histórica que paso a mencionar.

Creo que podríamos dividir esta explicación en tres áreas. Uno, el mundo sajón, que es un mundo que nace al margen de la Europa continental, y que por un proceso especial se va formando un derecho común. De ahí el *Common Law*, porque cada príncipe o barón tenía sus propias normas, aplicadas por los jueces en los siglos XI y XII. Entonces el Derecho sajón va creciendo sobre la base de casos, como todos lo sabemos. Y naturalmente el caso lo resuelve un juez, quien es una gran figura dentro de este mundo sajón.

Hoy en día, el Derecho sajón y especialmente el de los Estados Unidos ya no es una masa caótica de datos sueltos sobre casos determinados. Hay un cierto ordenamiento; no sólo los particulares hacen sus compilaciones, sino que hay muchas leyes y códigos uniformes para toda la federación y además están los famosos *re-statements*, palabra casi sin traducción, que son grandes compilaciones que van sistematizando

el Derecho y sobre todo el Derecho Privado. No obstante esto, el mundo sajón tiene en el juez a la figura fundamental. Por eso podría decirse que el mundo sajón ha vivido bajo el mito del juez.

La Europa continental no creía en el juez. Recuerden ustedes las famosas palabras de Montesquieu cuando dice que el Juez es un robot, es un autómata que pronuncia ciegamente las palabras de la ley y no puede hacer más que aplicarlas, sin siquiera mitigar su rigor. Tanto desconfía que el juez es devaluado, y tan devaluado es que en los años 20 cuando Kelsen sienta las bases doctrinarias del Tribunal Consitucional, dice en un ensayo posterior, que no podía usar el modelo de los Estados Unidos en que el Tribunal Supremo del Poder Judicial se encargaba de inaplicar las normas, con carácter de permanente, por el sistema del precedente.

No sólo desconfiaban del juez sino también de otro tipo de instituciones. Entonces crean otro órgano como es el Tribunal Constitucional, para solucionar el problema apto a la mentalidad europea. Tan bien le ha ido a Kelsen que el modelo se ha repetido y se ha difundido ampliamente. La famosa polémica con Schmitt, que fué muy incisiva, en la cual Schmitt tenía algunos puntos a favor, no tuvo eco porque el modelo calzó con la realidad.

La contrapartida ha sido la confianza casi absoluta en el legislador, una herencia rousseauniana. Mientras el sajón vivió con el mito del juez, el europeo continental vivió con el mito del legislador. Este concepto lo tomo de Carnelutti. El año 65 en Roma, Carnelutti pronunció un vibrante discurso, uno de los últimos, ya que murió a los dos años, y dijo más o menos así: el gran error de la Europa continental es haber caído en el mito del legislador y haberse olvidado del juez, que es la figura central del proceso.

Pues bien, nosotros en América Latina, aunque heredamos las ideas independentistas de los Estados Unidos, sin embargo vivimos bajo el mito del legislador en el siglo XIX. Y no pudimos creer en el juez, porque el sistema no daba para eso. El juez es importante y útil en la medida en que el sistema lo permite y el desarrollo de la población lo admite.

Pienso que frente al mito del legislador bajo el cual ha vivido Europa, y al mito del juez bajo el cual ha existido el mundo sajón, la América Latina ha pasado del mito del legislador al mito de la Constitución. Viene la obsesión por constitucionalizar todo lo que se pueda. Si

analizamos brevísimamente las constituciones del siglo XIX en cada país, variantes más o menos, vemos que éstas van creciendo con el tiempo, y algunas son inmensas, como la de Colombia de 1991 o la del Brasil de 1988. Porque nunca confiamos en el juez, confiamos en el legislador. Pero como éste nos falló, entonces ahora confiamos en la Constitución.

Esto que es una tendencia colectiva, unida a coyunturas de orden político como es justificar golpes de Estado con constituciones, que también es otro abuso de nuestro mercado latinoamericano, hace que todo se tienda a ver recogido en la Constitución. Hay un sentimiento popular que piensa que así debe ser, porque así nos defendemos del gobierno arbitrario y autocrático.

No digo que esto sea bueno o sea malo. Quizás es malo; las constituciones nunca han resuelto nada, pero es lo que más o menos se ve. Y es lo que más o menos me da una explicación de lo que pasa.

La segunda parte va a ser más breve. Quiero hacer una referencia a lo que fue el debate en el Perú con respecto al Hábeas Data. El profesor Eguiguren, con el brillo que lo caracteriza, dijo cómo son las cosas y yo voy a decir qué pasó antes. En primer lugar, el Hábeas Data está constitucionalizado en la Carta de 1993. Esta Constitución se dio en virtud de que había que bautizar el golpe de Estado del Sr. Fujimori. La Carta Política del año 79 era una Constitución moderna, interesante, naturalmente con algunos errores, pero no era necesario cambiarla. La vanidad que existe mucho en la política, de perpetuarse para pasar a la historia explica esta nueva Constitución, que de paso tuvo dos objetivos: garantizar la impunidad de los golpistas de Estado, ya que la Carta del 79 era muy severa con ellos, y luego permitir la reelección inmediata del Sr. Fujimori. Como bien dicen los mejores comentaristas del 93 es una copia de la del 79. Y como siempre sucede con las copias, son malas, pues se advierten graves retrocesos.

En el caso concreto de la parte procesal que se lama "garantías constitucionales", hay cuatro de las llamadas acciones de garantía. Y de ellas, solo dos existían y eran manejables. Estaban relacionadas con los derechos humanos y eran el Hábeas Corpus y el Amparo. Ahora las hemos duplicado, y además está el Hábeas Data con todos los problemas que ha ocasionado su pésima redacción, y también la llamada Acción de Cumplimiento, que pretende hacer efectivo todo mandato legal o administrativo, que la tomaron de la Constitución colombiana y que no

se sabe qué es. Hasta ahora nadie sabe para qué sirve. Viene la novedad y vienen los problemas.

Esta Constitución se debatió de enero a setiembre del año 1993 y ya en esa época se pidió expresamente que el Hábeas Data fuese replanteado, porque tal como estaba era innecesario y rozaba con la libertad de prensa. Y eso porque el entorno político hacía temer un mal uso de esta institución, porque todo el mundo sabe que el Sr. Fujimori está respaldado por las Fuerzas Armadas. No se sabe quién usa a quién. Y porque además el Servicio de Inteligencia fue el que suministró a la Asamblea, los primeros borradores de la Constitución, en la cual los delitos a través de la prensa se ventilaban en el fuero militar.

Cuando es aprobado el borrador y puesto a debate, la gente empieza a sospechar de la configuración del Hábeas Data y pide su modificación. En el diario "El Comercio", el más importante del país, meses antes que fuese promulgada la Constitución en forma, la oposición pide la reformulación del Hábeas Data. El título dice así: "Oficialismo no admitió a debate pedido de eliminación de Recurso de Hábeas Data", y en su subtítulo, "Pese a fundamentaciones sobre amenaza a la libertad de prensa". Pero no hicieron caso y siguieron tercamente hasta el final.

Antes de promulgarse la Constitución, hubo un congreso de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima (setiembre de 1993), y entre los invitados extranjeros estaba nuestro amigo Néstor P. Sagüés quien advirtió: "Esto es riesgoso". Al costado estaba el presidente de la Comisión de Constitución, quien no se inmutó con la crítica.

La Constitución fue sometida a referéndum; los datos oficiales dicen 52% a favor, 48% en contra. Ése fue el *dictum* popular. Para efectos legales, la Constitución fue aprobada. Pero ¡caramba!, por qué márgenes; y muy estrechos.

El oficialismo bajó su vanidad, y como la prensa seguía bombardeando por esta nueva configuración, el Gobierno tuvo que ceder y consensuadamente se eliminó de la figura del Hábeas Data aquella parte que representaba una amenaza a los medios de prensa. Ésa fue la primera reforma que se hizo a la Constitución; o sea, para dar marcha atrás en aquello en que se había detectado un error.

Sobre el Hábeas Data en la Constitución peruana, como lo dijo Eguiguren, yo creo que era innecesario, que el Amparo perfectamente

podía cubrirlo. Pero también los académicos debemos ser un poco prácticos. La figura como que ha calado, gusta, es agradable. A la gente le agrada tener un instrumento fácil para modificar el dato que hay en la computadora del vecino o de un ente público determinado. Por eso pienso que va a quedar, y que la Constitución en este punto, va a sufrir modificaciones parciales para redimensionar la figura del Hábeas Data y limarle sus asperezas.

El acceso a información reservada por motivos de seguridad nacional en los Estados Unidos.
Un balance de la aplicación de la *Freedom of Information Act**

Miguel Revenga Sánchez

1. Introducción

A partir de su entrada en vigor en 1967, la *Freedom of Information Act* –en español Ley sobre Libertad de Información (L.L.I. en adelante)-, viene siendo en los Estados Unidos la referencia inevitable de cualquier debate sobre la libertad de prensa. Un buen diagnóstico sobre el estado de salud de ésta puede realizarse simplemente mediante el examen del grado de cumplimiento de dicha ley por los organismos públicos. Suponiendo que los periodistas y, en general, los ciudadanos se interesan a menudo por información que solo está disponible en tales organismos, la importancia de la L.L.I. radica en haber alterado las reglas sobre el control de la llave de acceso. Antes de la ley, la Administración a su libre albedrío; después de ella (puede admitirse), también la Administración, pero con el albedrío recortado por una ley que busca la publicidad y traslada la decisión última sobre el uso de la llave de acceso desde el ámbito de la Administración al ámbito de los jueces. La cuestión no es aquí la de quién controla a los controladores, sino la del reconocimiento universal del derecho a preguntar y la de la existencia del control. La L.L.I. pretendió ambas cosas cuando fue aprobada por el Congreso en 1966, pero entonces no soplaban vientos favorables para ella. Contemplar el despliegue de la ley en sus años iniciales enseña que la burocracia en los Estados Unidos, como en todas partes,

* El presente trabajo fue realizado durante una estancia como *Visiting Scholar* en la Facultad de Derecho (Boalt Hall) de la Universidad de California en Berkeley. Agradezco al profesor don Aníbal Quiroga su cordial invitación para reproducir el estudio en estas páginas.

puede dar al traste, si quiere, con los más nobles deseos del legislador. También confirma algo que hemos estudiado (*in extenso* en otro lugar: la seguridad nacional es asunto tan hermético que dejar que los jueces se asomen a él resulta bastante problemático[1].

2. Los primeros pasos de la L.L.I (de 1966 a 1974)

Los orígenes de la L.L.I. se remontan a 1954 cuando, por vez primera en muchos años, una mayoría del Partido Demócrata en la Cámara de Representantes tuvo que convivir con un Presidente Republicano. Por iniciativa de John Moss, la Cámara accedió a crear en el seno del *Government Operations Committe* una subcomisión para analizar la política informativa del Ejecutivo. Bajo la presidencia del autor de la iniciativa, la subcomisión comenzó a recopilar datos sobre la base de un cuestionario enviado a todos los organismos federales, en el que se pretendía averiguar cuál era la política seguida por ellos en materia informativa y, en su caso, cuál el fundamento legal aducido para ocultar información[2]. En agosto de 1955, un discurso de Moss ante la Cámara de Representantes, intentando convencer a ésta de que el Ejecutivo estaba oculto tras una "cortina de papel", tiene el patetismo propio de quienes pregonan en el desierto: "la cortina de papel –denunciaba entonces Moss- nos está impidiendo ver lo que hace el Gobierno (...), y es una consecuencia de la teoría burocrática según la cual cada organismo es responsable de decidir el tipo de información que es conveniente que llegue al público"[3].

Las conclusiones del estudio patrocinado por Moss obtuvieron reconocimiento inmediato por parte de determinadas asociaciones pro-

1 Miguel Revenga Sánchez: **El Imperio de la Política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano**. Ariel. Barcelona, 1995.

2 Samuel Archibald: "*The Freedom of Information Act Revisited*", ***Public Administration Review***, 39 (1979), pp. 311 y sgtes.

3 ***Congressional Record – House***, 2 de agosto de 1955, pp. 13246 a 13248, donde aparece la intervención de Moss bajo el epígrafe "*Is There a Paper Curtain in Washington?*" Moss pone como ejemplo absurdo de la conducta del Ejecutivo el hecho de que un organismo se negara a revelar la cantidad de mantequilla consumida anualmente en las Fuerzas Armadas, con el argumento de que el dato podía servir de base para el cálculo por agentes extranjeros del número de tropa. Moss se declaraba decidido partidario de la transparencia, incluso en materia nuclear.

fesionales de periodistas, y se convirtieron en "la biblia" para relanzar un empeño a favor de la apertura que todavía se demoraría varios años[4]. Entre los argumentos aducidos por los organismos federales para ocultar información, el de más recurrente uso era el incluído en la *Administrative Procedure Act* de 1946. A la hora de medir el alcance de la publicidad, esta ley confiaba al responsable de la unidad administrativa la aplicación de un criterio tan impreciso como la "necesidad de mantener el secreto en interés público". Con respecto a los registros, la ley contemplaba solo la posibilidad de acceso en favor de quien demostrara interés directo, siempre y cuando no existiera "justa causa para mantener la confidencialidad" *(except information held confidential for good cause found)*[5]. Aunque he traducido *good cause* por "justa causa", la realidad es que el legislador no dijo "justa", sino "buena". Buenas razones para mantener la confidencialidad se venían encontrando siempre desde que la ley entró en vigor. La L.L.I. intentó cortar esa tendencia.

Como principio general, la L.L.I. estableció el derecho de acceso de cualquier persona a los documentos administrativos, sin necesidad de demostrar un interés personal y directo en ellos. Este principio quedó sujeto a un sistema de excepciones mucho más preciso que el existente hasta entonces (*enumeratio ergo limitatio*, valdría decir) y con control judicial de las decisiones administrativas sobre la materia[6]. Las excepciones se recogieron en los nueve Apartados que todavía se mantienen hoy en el texto de L.L.I., aunque alguno de ellos ha sido objeto de reformas. En la redacción original, las excepciones eran las de aquellos documentos sobre materias que se refirieran a:

1) la defensa nacional o la política exterior, cuando el secreto venga impuesto de conformidad con los criterios establecidos en Orden del Ejecutivo;
2) reglas internas en materia de personal;
3) materias exentas de publicidad en virtud de Estatuto especial;

4 J. R. Wiggins, "*Safeguarding the People's Right to Know Government Business*", ***Marquette Law Review***, 40 (1956), pp. 74 y sgtes.

5 Sección Tercera de la "*Administrative Procedure Act*", en ***Public Laws***, Capítulo 324, 79th. *Congress, 2d. Session*, 11 de junio de 1946.

6 La *Freedom of Information Act*, quedó codificada en el *United States Code* bajo el Título 5, Epígrafe 552, y entró en vigor el 4 de julio –día de la fiesta nacional- de 1967.

4) secretos comerciales o información financiera de carácter confidencial;
5) memorándums de carácter interno o inter-administrativos, así como cartas cuya disponibilidad quede limitada a posibles litigios entre organismos públicos;
6) archivos médicos o de carácter personal cuya publicidad sería susceptible de invadir la intimidad;
7) archivos de tipo indagatorio para el cumplimiento de la ley *(investigatory files compiled for law enforcement purposes)*, excepto aquellas partes de los mismos cuya disponibilidad esté prevista legalmente;
8) datos recopilados en nombre, y para uso, de los organismos responsables de la regulación y control de las instituciones financieras;
9) información de carácter geológico y geofísico, incluidos mapas sobre yacimientos.

La ley, se ha dicho, fue el producto de once años de "tira y afloje" entre el Congreso y el Ejecutivo, con la prensa y el público de coprotagonistas, sobre la cuestión del secretismo. Como todo producto legislativo, reflejó un compromiso entre puntos de vista diversos, pero "hubiera arrojado de inmediato un resultado satisfactorio para todos si se hubiera aplicado correctamente"[7]. Las cosas sólo empezaron a ser así con la resaca pro apertura posterior a la era Vietnam/Watergate.

Casi simultáneamente a la entrada en vigor de la L.L.I., el *Attorney General* hizo públicas unas directrices de 47 páginas de extensión, con el propósito de guiar a las agencias administrativas en la aplicación de la nueva ley. Las directrices, de excelente factura técnica, según reconoce un autor, dejaban traslucir un punto de vista "opuesto en casi todo a las pretensiones del Congreso"[8]. Los objetivos de la ley se truncaron, sobre todo, porque la L.L.I., a pesar de su nombre, estuvo muy lejos al principio de ser entendida en el ámbito administrativo como una ley favorecedora de la libertad de prensa. Funcionarios y periodistas tardaron varios años en encontrar puntos de consenso.

7 S. Archibald, *"The Freedom of Information Act Revisited"*, ***op.cit.*** en nota 2, p. 315.

8 Kenneth C. Davis, *"The Information Act: A Preliminary Analysis"*, ***University of Chicago Law Review***, 34 (1967), pp. 761 y ss.

En 1972, una investigación parlamentaria sobre el grado de cumplimiento de la ley cifraba en tres las prácticas administrativas que habían erosionado los valores intrínsecos de la L.L.I.: demoras excesivas a la hora de responder a las solicitudes, cargo de tarifas exhorbitantes por la búsqueda y transcripción de documentos y tendencia a abusar del recurso a las excepciones, especialmente de las relativas a la seguridad nacional (excepción n° 1) y a los archivos de carácter policial (excepción n°7)[9].

El mismo estudio resaltaba que en los años iniciales de vigencia de la ley, tan sólo un 16 por ciento de las resoluciones administrativas denegatorias habían sido objeto de recurso ante los tribunales[10]. En un país donde los honorarios de los abogados no tienen precisamente fama de asequibles, la negativa administrativa es un expediente bastante seguro para disuadir al administrado de ulteriores luchas. A los cinco años de la aprobación de la L.L.I., John Moss, al que todo el mundo consideraba como el mentor de una ley que había sido el más importante objetivo de su carrera política, escribía con rotundidad que "la ley sigue viva, pero su espíritu (el de la ley) está roto"[11].

De ser así las cosas, como parece que eran a comienzos de los años 70, se habría cumplido el vaticinio de quienes dijeron al aprobarse la ley que la principal virtud de ella no radicaba en posibilitar el acceso a documentos, sino en acabar con el *secret law*, es decir, con las reglas y prácticas administrativas que nunca llegaban a hacerse públicas[12]. A partir de la L.L.I., el *secret law* fue calificado de práctica aberrante, y el Tribunal Supremo, en una decisión de 1975, confirmó que los precedentes, reglas de conducta y criterios interpretativos de los organismos públicos debían estar a plena disposición del público[13].

---

9 *U.S. Congress House Committee on Government Operations*: "*U.S. Government Information Policies and Practices of Freedom of Information Act*". ***92nd. Congress, 2d. session*** (1972), p. 1341.

10 El estudio constataba, sin embargo, que el control judicial había sido hasta entonces bastante efectivo para el administrado, con un porcentaje de sentencias favorables para éste cercano al 58%.

11 John Moss: "*The Spirit of Freedom of Information Act*", ***Trial***, 8 (1972), pp. 14 y sgtes.

12 Kenneth Davis, "*The Information Act: A preliminary analysis*", ***op. cit.*** en nota 8, p. 804; ***Note***, "*The Freedom of Information Act: A seven years Assesment*", ***Columbia Law Review***, 74 (1974), pp. 895 y sgtes.

13 ***National Labor Relations Board et al. v. Sears Roebuck and Co.***, 421 U.S., 132

Otras sentencias del Tribunal Supremo no aplicaron criterios tan abiertos. Una de 1973, sobre publicidad de información en materia de pruebas nucleares, volvió a plantear el asunto de la idoneidad de los jueces para acceder a información secreta con el fin de revisar el uso del sello clasificatorio. Las conclusiones de tal sentencia, a contracorriente del deseo generalizado de control, provocaron la reforma de la L.L.I. en 1974.

El volumen 410 del Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Supremo contiene, una detrás de otra, dos sentencias de enorme importancia. El 22 de enero de 1973, fecha en que se fallaron ambas, debió de ser un día algo estresante para los miembros del Tribunal. La más famosa es la que aparece en segundo lugar. *Roe v. Wade* (pp. 113 a 178 del Repertorio) declaró la constitucionalidad del derecho al aborto. Para el análisis del sistema clasificatorio en manos del Poder Ejecutivo y para la cuestión del control sobre el uso del mismo, la Sentencia que aparece en primer lugar, *Environmental Protection Agency et al. v. Mink* (pp. 73 a 112 del Repertorio) iguala, por lo menos, la trascendencia de Roe.

Alertada por la publicación en julio de 1971 de un trabajo periodístico, en el que se hablaba de una próxima prueba nuclear en Amchitka Island (Alaska), una congresista, de nombre Patsy Mink, requirió al Presidente para que hiciera público los reparos que una Comisión gubernamental había puesto a la realización del experimento. Ante la negativa tácita del Presidente, Mink y 32 miembros más de la Cámara de Representantes utilizaron la vía abierta años antes por la L.L.I. para solicitar determinados documentos en poder de E.P.A. (algo así como la Agencia de Protección del Medio Ambiente, según la terminología que hemos acabado por usar también en España).

Según la Agencia, los documentos estaban exentos de publicidad por haber sido clasificados parcialmente como *Top Secret* o *Secret*, de

(1975). La Sentencia resolvió un conflicto iniciado en 1971 cuando *Sears* pidió al *National Labor Relations* (N.L.R.) los criterios generales aplicados por éste para zanjar determinadas disputas con sus asociados que venían repitiéndose desde hacía años. El N.L.R. dijo que tales criterios eran Directrices Internas (*Intra-Agency Memoranda*) y que, según las excepciones de la L.L.I. estaban exentas de publicidad. El Tribunal reconoce que el propósito de la excepción es proteger el proceso de decisión interno de los organismos públicos, pero afirma también que "(...) los ciudadanos se ven afectados por las razones que sientan las bases de la actuación administrativa (...)", así como que tales criterios han de ser conocidos por ser el "derecho práctico" (*working law*) de la Agencia administrativa (pp. 152-153).

manera que en lo clasificado caían bajo la excepción n°1 de la L.L.I. y, en lo no clasificado, bajo la n° 5 de la misma ley (Memoránda de carácter interno). En primera instancia se dio la razón a E.P.A., pero en apelación el Tribunal de Circuito sostuvo que, al ser posible separar las partes clasificadas de las que no lo habían sido, procedía acceder a lo solicitado por Mink y los codemandantes, entregándoles al menos los fragmentos libres de sello. A tal efecto, el Tribunal ordenó al juez de Distrito realizar un examen a puerta cerrada (examen *in camera*, tal como se denomina en derecho estadounidense) de los documentos, con el fin de discernir lo que podría entregarse.

La Sentencia del Tribunal Supremo es un modelo de autocontención judicial deferente hacia la voluntad del legislador. Gran parte de la opinión mayoritaria, expresada por el juez White, se dedica a desgranar lo que se dijo en el Congreso, en los años 1965 y 1966, con motivo de los debates sobre la L.L.I., para extraer de los mismos la conclusión de que los documentos clasificados por el Ejecutivo se habían considerado siempre como una excepción absoluta, por lo que la propia existencia del sello hacían supérfluas ulteriores indagaciones. "La excepción n° 1 de la L.L.I. –dice el Tribunal- fue adoptada para eliminar cualquier duda con respecto al acceso público a documentos relacionados con la defensa nacional y la política exterior. En lugar de acoger criterios más o menos ambiguos, la ley dijo que el *test* era simplemente lo que el Presidente hubiera decidido mantener secreto siguiendo los procedimientos de la Orden Ejecutiva en materia de clasificación (...)"[14]. En cuanto a la posible segregación de fragmentos no clasificados, y el problema de la prueba del carácter confidencial de los mismos desde el punto de vista de la excepción n° 5 de la L.L.I., concluye el Tribunal que el examen *in camera* no siempre es necesario. Aunque la carga de la prueba pesa sobre quien aleja la excepción, "(...) debería darse a la Agencia la oportunidad de demostrar a satisfacción del juez, mediante testimonios orales e informes escritos, el carácter confidencial de los documentos"[15]

En E.P.A. v. Mink, el Tribunal Supremo rehuyó cualquier atisbo de interpretación evolutiva. Su exégesis de la L.L.I. se basó en una supuesta voluntad del Congreso, expresada en una época en la que la confian-

14 ***E.P.A. et al. v. Mink et al.***, 410 U.S., 73, 82 (1973).

15 ***E.P.A. v. Mink,*** 410 U.S., 73, 93 (1973).

za en el Poder Ejecutivo no había experimentado aún la merma que era ya patente al tiempo de decidirse el caso. Así lo pone de manifiesto el voto particular discrepante suscrito por el juez Douglas, en el que éste desciende del "cielo de los conceptos jurídicos" para abordar el asunto desde una perspectiva más actualizada: "(...) Como ha quedado demostrado –escribe Douglas- en acontecimientos como los *Pentagon Papers*, las masacres de My Lai, el incidente del golfo Tonkin y la invasión de la Bahía de Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la herramienta más práctica, y ha sido utilizada para ocultar información que, en el 99 y medio por ciento de los casos, no representaba un genuino peligro para la seguridad nacional"[16].

A la vista de la Sentencia, la reacción del legislador fue inmediata. La reforma de la L.L.I. de 1974 ofrece un excelente ejemplo de las célebres dos palabras rectificadoras de von Kirchman. Objetivos colaterales de la reforma fueron los cuatro siguientes: 1) acabar con las tácticas dilatorias de la Administración a la hora de habérselas con las solicitudes; 2) poner coto al cobro discrecional de tasas administrativas; 3) introducir el reembolso de gastos en el caso de triunfo de la pretensión del administrado declarada por los tribunales; y 4) prever la posibilidad de sanciones disciplinarias para el supuesto de negligencia o mala fe en la aplicación de la ley por parte de los funcionarios[17]. Además de esos cuatro objetivos de índole procedimental, la reforma tuvo un contenido sustantivo plasmado en una delimitación más precisa de las dos excepciones que venían utilizándose con más frecuencia: la relativa a la seguridad nacional (excepción N° 1) y la relativa a los archivos policiales indagatorios (excepción N° 7). En cuanto a esta última, la ley matizó el tipo de archivos policiales que quedaban exentos de publicidad, limitando a seis el numero de supuestos en los que la publicidad se considera inconveniente[18].

16 *E.P.A. v. Mink, Douglas dissenting*, pp. 108-109.

17 La reforma (*Public Law* 93-502, de 21 de noviembre de 1974, en vigor desde febrero de 1975) puso un plazo de diez días para la respuesta inicial y uno de veinte días, ampliable a treinta en casos excepcionales, para la resolución de los recursos ante el propio director o responsable del organismo administrativo. El cobro de tasas recibió un tratamiento uniforme, y se previó la gratuidad en aquellos casos en los que la solicitud tuviera un manifiesto interés

Las dos palabras añadidas por el legislador a la excepción relativa a las materias clasificadas fueron en realidad diez, pero su contenido bien podría resumirse en las dos siguientes: "rectamente clasificadas" (*properly classified*)[19]. Reiterando *ad abundantiam* lo que ya se infería del texto originario a poca voluntad que se hubiera puesto en ello, el Congreso aclaró definitivamente que las decisiones del Ejecutivo en materia de clasificación se hallaban sujetas a un control de fondo por parte de los tribunales. Cuando, una vez reformada, el Congreso remitió al Presidente el texto de la ley para su firma, Ford opuso el veto arguyendo, entre otras cosas, que "nuestras relaciones diplomáticas y nuestros secretos militares, y de inteligencia podrían verse afectados por el Proyecto". Un argumento que, a juicio del Presidente Ford, venía reforzado, "por la inconveniencia de obligar a los jueces a revisar documentos en materias sumamente complejas y delicadas, y para cuyo examen carecen de preparación especial (*they have no particular expertise)*[20]. El veto fue sobrepasado en ambas Cámaras con un apoyo muy superior al de las dos terceras partes de los miembros presentes en ellas exigido en la Constitución[21].

---

público. La posibilidad de sanciones disciplinarias contra los funcionarios quedó supeditada a que el juez o Tribunal que conociera el caso en apelación formulara una propuesta en tal sentido ante la *U.S. Civil Service Commission*; cfr. ***Note***, *"The Freedom of Information Act Amendments of 1974: An Analysis"*, ***Syracuse Law Review***, 26 (1975), pp. 951 y sgtes.

18 Tras la reforma de 1974, el texto de la Excepción nº 7 quedó redactado en los siguientes términos: "(7) Informes de investigación realizados para imponer el cumplimiento de la ley, siempre y cuando la entrega de tales informes (A) ponga en peligro el éxito de las actividades relacionadas con tal propósito; (B) prive a cualquier persona del derecho a un juicio con todas las garantías y a una sentencia justa; (C) constituya una invasión no autorizada del derecho a la vida privada; (D) lleve a la identificación de una fuente confidencial o, en el caso de informes realizados legítimamente en el transcurso de una investigación criminal, o de informes de los servicios de inteligencia relacionados, también legítimamente, con la seguridad nacional, cuando la publicidad conlleve revelación de información obtenida exclusivamente de fuentes confidenciales; (E) produzca publicidad de técnicas o procedimientos de investigación; o (F) haga peligrar la vida o la integridad física de los agentes".

19 La excepción quedó redactada en los siguientes términos que aún se mantienen: "(1) (A) que tengan autorización expresa para ser mantenidos en secreto, en interés de la defensa nacional o de la política exterior, de conformidad con los criterios establecidos por una Orden ejecutiva, y (B) **que hayan sido de hecho legítimamente clasificados, según lo establecido en dicha Orden ejecutiva.**

20 *"Veto of Freedom of Information Act Amendment"*, en ***Public Papers of the Presidents.*** Gerald Ford. 1974 (Washington D.C.: United States Printing Office, 1975), pp. 374 y sgtes. Con respecto a la reforma de la excepción nº 7, Ford opinaba que se estaba depositando sobre organismos como el F.B.I. la carga de probar cosas imposibles.

21 Artículo I, Sección 7, Párrafo Tercero de la Constitución. En la Cámara de Repre-

El furor legislativo del Congreso, y sus ansias de apertura, le llevaron a aprobar en 1974 y 1976, respectivamente, la *Federal Privacy Act* y la *Federal Government in the Sunshine Act* dos leyes que, junto a la L.L.I., son todavía las principales piezas del mosaico normativo contra las barreras informativas en el seno de los organismos públicos.

La *Privacy Act* (P.A.) fue aprobada para proteger el derecho a la intimidad frente a la acumulación por las agencias federales de datos personales[22]. Además de regular la recogida, mantenimiento, uso y difusión de información, la P.A. otorga a los individuos un derecho de acceso a dicha información de carácter personal, sujetándolo a una serie de excepciones bastante más estrictas que las contempladas en la L.L.I. Por ejemplo, los archivos del FBI y de la CIA quedan bajo el régimen de la P.A. completamente al margen de un posible acceso, lo que no ocurre de manera incondicionada en el caso de la L.L.I.[23]. Hablando en términos generales, puede decirse que la L.L.I. y la P.A. son leyes complementarias. Los propósitos amplios de la primera contrastan con los objetivos bien delimitados de la segunda, que se ciñen al intento de afrontar los problemas derivados de la acumulación creciente de datos en manos públicas. Para ello, la P.A.:

- limita los usos posibles de los archivos que contengan datos personales;
- permite conocer, salvo excepciones, el contenido de los archivos y obtener su modificación en el caso de que los datos sean inexactos;
- contempla el derecho a ser indemnizado cuando se deriven perjuicios de un mal uso de los archivos;
- finalmente, protege los derechos constitucionales de la Primera Enmienda (libertades de expresión, asociación y religiosa) prohibiendo almacenar datos relativos al ejercicio de los mismos, a menos que la guarda de los datos: a) venga expresamente autorizada por una ley, b) se produzca en el marco de investigaciones legítimas

sentantes, el resultado de la votación fue de 371 votos frente a 31. En el Senado, de 65 frente a 27.

22 ***Public Law*** 93-579, de 31 de diciembre de 1979, codificada en el ***United States Code*** bajo el Título 5, epígrafe 552 (a). Los propósitos de la ley, según la Exposición de Motivos, son "salvaguardar la privacidad frente al mal uso de los archivos federales, garantizar el acceso a tales archivos y crear una *Privacy Protection Comission*".

23 ***United States Code***, 552 (a), Apartados (j) (1) y (j) (2)

tendentes a asegurar el cumplimiento de las leyes, o bien c) haya sido consentida expresamente por el individuo afectado[24].

Mientras para hacer uso de la vía de acceso abierta por la L.L.I. no se necesita ser ciudadano norteamericano, para recurrir a la P.A. sí es necesario serlo. La regla general con respecto a la utilización de una u otra ley, tal y como viene funcionando en la práctica, es la siguiente: cuando no se trata de acceder a información de tipo estrictamente personal, la L.L.I. es el estatuto aplicable; cuando la información interesada es de carácter personal y directo, suele acudirse a la P.A.; pero es conveniente hacerlo invocando al mismo tiempo el régimen más genérico de la L.L.I., cuyo espíritu es, con diferencia, el más proclive a la publicidad[25].

Con medidas como la *Government in the Sunshine Act* (G.S.A.), es decir, "Gobierno a plena luz", no se acaba, a buen seguro, con el secreto. Pero a veces importa más el símbolo -del que el nombre de la ley es la mejor muestra- que la efectividad real. En la senda abierta por una ley de 1972 que posibilitó la asistencia como oyente a las comisiones consultivas de los organismos federales (*Federal Advisory Committees*), la G.S.A. abrió al público las reuniones de alto nivel en determinadas agencias gubernamentales[26]. De la definición de "Agencia federal" se deduce cuáles son tales organismos. Esta es recogida en la propia ley a efectos de delimitar su ámbito de aplicación. Según el Apartado (a) (1) de la ley, están sujetas a la G.S.A. "aquellas agencias federales dirigidas por un órgano colegiado de dos o más miembros nombrados directamente por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado". No menos de cincuenta organismos públicos encajan en tal definición. Entre ellos (por citar algunos), la *Civil Rights Commission*, la *Energy Research and Development Administration*, la *International Trade*

24 Con carácter general, cfr. Christine Marwick, ***Your Right to Government Information,*** Bantam Books, Nueva York: 1985, pp. 5 y sgtes.

25 Un extenso comentario jurisprudencial puede verse en A. Adler, E. Glitzenstein y H. Hammit, "*The Privacy Act*", en Allan R. Adler (ed.), ***Litigation Under the Federal Open Government Laws*** (*Washington D.C.: American Civil Liberties Union Foundation*, 1993), pp. 271 y sgtes.

26 La ley de 1972 es la *Federal Advisory Committee Act, Public Law* 92-463, de 6 de octubre de 1972, codificada en ***United States Code***, Título 5, Apéndice I. La *government in the Sunshine Act* es la *Public Law* 94-409, de 13 de septiembre de 1976, codificada en el *U.S.C.*, Título 5 Epígrafe 552 (b).

Commission, el *National Labor Relations Board*, la *Indian Claims Commission*, etc[27]. La G.S.A. obliga a levantar actas de las deliberaciones y acuerdos, poniéndolos a disposición del público. Este último extremo, así como la propia asistencia a las reuniones, está sujeto a una lista de excepciones muy parecida a la de la L.L.I. La diferencia más significativa es que en la G.S.A. no hay una excepción como la nº 5 de la L.L.I. (memoranda de carácter interno o inter-agencias), pues justamente lo que se pretende con la G.S.A. es propiciar el conocimiento de primera mano del proceso decisorio interno de la Administración. De todos modos, el entusiasmo del legislador no llegó al extremo de eliminar una excepción que, mal utilizada, es capaz por sí sola de dar al traste con las buenas intenciones de la ley. Según el Apartado c) (9) (B) de la G.S.A., puede ocultarse al conocimiento público toda aquella información "cuya publicidad prematura sea susceptible de frustrar los objetivos de interés general perseguidos por el organismo". La jurisprudencia parece inclinarse a dar a las excepciones G.S.A. la interpretación más estricta posible. Con relación a la que acabamos de reproducir, y frente al intento de ocultar un debate en materia presupuestaria, un Tribunal de Circuito dijo, por ejemplo, que "el daño (para la consecución de los objetivos) ha de ser manifiesto y constatable", y que "la publicidad de las deliberaciones sobre el presupuesto contribuye al efectivo cumplimiento de los propósitos de la ley"[28].

Aunque el recurso a la G.S.A. es moneda corriente por parte de la prensa y de grupos de interés diversos, su utilización está lejos de haber alcanzado el nivel rutinario y masivo que es propio de la *Privacy Act* y, sobre todo, de la *Freedom of Information Act*[29]. Con respecto a esta última, no es necesario estar versado en materias jurídicas para darse cuenta de que se trata de una ley muy conocida y a la que se tiene por instrumento bastante eficaz contra la tendencia hacia el secretismo. Hasta qué punto esa difusa imagen se corresponde con la realidad es lo que tratamos de comprobar, al menos parcialmente, mediante un so-

27 Una relación completa, cerrada en 1984, puede verse en Katherine M. Galvin: ***Media Law*** (Nolo Press. Berkeley, 1984), p. 139. En la misma obra (p. 143), puede observarse que la existencia de leyes del estilo G.S.A. se ha generalizado en todos los Estados de la Unión.

28 *Common Cause v. Nuclear Regulatory Commission*, 674 F. 2d., 921, 934 (1982); cfr. Eleanor Smith, "*Government in the Sunshine Act*", en A. R. Adler (ed.): ***Litigation Under the Federal Open Government Laws***, ***op. cit.*** nota 64, pp. 313 y sgtes.

29 Christine Marwick: ***Your Right to Government Information***, ***op. cit.*** nota 24, p. 159

mero análisis de la aplicación de la L.L.I. y su influjo sobre los secretos de la seguridad nacional.

3. La ley en acción: la *Freedom of information Act* y su utilidad en la práctica.

La evaluación del desarrollo de la L.L.I. puede realizarse a través de diversas vías. Si lo que se pretende comprobar es la medida en que la ley viene cumpliendo los objetivos para los que fue aprobada, las decisiones de los jueces quizá no son el camino más aconsejable. La jurisprudencia permite ver cuáles son los puntos de discordia más frecuentes, pero distorsiona la imagen que uno puede forjarse acerca del normal funcionamiento de la ley. En realidad, sólo teniendo a la vista el volumen de las solicitudes presentadas al amparo de la L.L.I. y las respuestas de la Administración, con una idea aproximada del contenido de unas y de otras, podrían aventurarse algunas conclusiones. El problema es que la recolección de datos sobre el desarrollo de la L.L.I. ni siquiera parece haber llegado al mínimo deseable. En 1992, al conmemorar su vigésimoquinto aniversario, se señalaba, no sin carga irónica, que "uno de los problemas más acuciantes que será necesario abordar en los próximos veinticinco años es el de disponer de información sobre la "Ley de Libertad de Información"[30]. Algún trabajo pionero se centra precisamente en el aspecto "patológico" de la ley, es decir, en la conflictividad jurisdiccional provocada por la negativa de la Administración a entregar la información solicitada. El estudio demuestra que las reformas de 1974 y, sobre todo, el cambio generalizado en la actitud con respecto a la ley misma y sus posibilidades, provocó a partir de dicho año un espectacular aumento en el número de solicitudes –que hoy alcanza cifras de decenas de miles cada año- y en la tendencia a pleitear. Con el paso del tiempo, las demandas presentadas ante los tribunales al amparo de la L.L.I. se han estabilizado en un número que ronda los quinientos casos anuales[31].

30 Actas del coloquio "*American Bar Association Symposium on Freedom of Information Act 25th. Anniversary*", en ***Government Information Quarterly***, 3 (1992), pp. 223 y sgtes.

31 Mark H. Grunewald, "*Freedom of Information Act Dispute Resolution*", ***Administrative Law Review***, 40 (1988), pp. 1 y sgtes.

Sea como fuere, todo el mundo parece admitir que una presunción tan simple como la establecida en la ley, es decir, que la información en poder de la Administración está disponible para el público, ha transformado la faz del Gobierno. "Pese al sistema de excepciones –se ha dicho- periodistas, historiadores, investigadores, abogados, estudiantes, hombres de negocios y representantes de grupos de interés extraen todos los días del seno de la Administración una cantidad impresionante de información enormemente útil para ellos, mediante el simple procedimiento de escribir una solicitud en la que se hace constar "**siguiendo lo establecido en la *Freedom of Information Act***"[32].

La aplicación de la ley tiene sus problemas. Uno de los más característicos es que los plazos dados a la Administración para responder a las solicitudes (diez días como regla general) se cumplen muy pocas veces. En algunos organismos públicos, el número de demandas sobrepasa de tal forma la capacidad de respuesta que los retrasos se han convertido en crónicos (suele hablarse de *horrendous backlogs*). Ello reduce, o invalida en muchas ocasiones, la utilidad de la información solicitada, sobre todo en el caso de requerimientos de los periodistas, donde suele predominar el interés del día a día.

La L.L.I. tiene también sus detractores. Una de las críticas más frecuentes es que proporciona por muy poco dinero (pero a un costo elevadísimo para el erario público en horas de trabajo) información que a menudo sirve sólo a los objetivos comerciales de las empresas[33]. En un provocativo artículo escrito antes de acceder al Tribunal Supremo, Antonin Scalia dijo, por ejemplo, que la L.L.I. es "el Taj Mahal de la doctrina de las consecuencias imprevistas y la Capilla Sixtina de la ausencia de análisis sobre la relación costo-beneficio"[34]. Otras críticas son más malévolas. El hecho de que no sea preciso ser ciudadano norteamericano para utilizar la vía abierta por la L.L.I. se airea a veces de forma condenatoria y con ejemplos bien concretos: los consumidores

32 Coloquio ***F.O.I.A. 25th. Anniversary, op. cit.*** nota 30, p. 225

33 Un estudio sobre las solicitudes presentadas en el período 1972-1984, realizado bajo la dirección de H. Relyea y S. Cavanagh, revela que entre un 50 y un 60 por ciento del total de ellas se referían a información de exclusiva relevancia para el mundo de los negocios; citado en Lewis F. Wolfson: ***The Untapped Power of the Press. Explaining Government to the People*** (Praeger. Nueva York, 1985), p. 125.

34 A. Scalia: "*The Freedom of Information Act Has No Clothes*", A.E.I. ***Journal on Government and Society***, 14 (1982), p. 1026.

del Reino Unido se enteraron del nivel de seguridad de cada una de las marcas de sus coches nacionales a través de una solicitud formulada por periodistas británicos ante la *National Highway Traffic Safety Administration*. En el Reino Unido, dicha información no estaba disponible. A finales de los años 80, en plena guerra comercial entre los Estados Unidos y Japón, determinados grupos de interés hicieron circular en el Congreso la especie de que los japoneses se estaban ahorrando todos los años millones de dólares en investigación aeroespacial, mediante solicitudes L.L.I. presentadas ante la NASA. La historia, conocida más tarde como el *Samurai Space Shuttle*, resultó ser falaz, pero provocó que surgieran de inmediato iniciativas legislativas para eliminar la legitimación universal prevista en la ley.[35]

Si descendemos a un plano más concreto y nos preguntamos por los resultados de la ley a la hora de destapar los secretos guardados en nombre de la seguridad nacional, las dificultades para dar respuestas no difieren de las ya indicadas. Como enseguida veremos, las tendencias jurisprudenciales sobre este particular aspecto de la ley son más bien desalentadoras, pero tal constatación no es una respuesta. Un par de estudios, ya un poco desfasados, ayudan algo. El primero de ellos se terminó en 1981 y fue el resultado de un encargo realizado por una Subcomisión de la Cámara de Representantes. En él se recogen, clasificadas por años, un total de 276 noticias publicadas por la prensa entre 1972 y 1980, cuyo origen radicó en solicitudes L.L.I.[36]. Mas de las dos terceras partes de tales noticias se refieren a las más diversas actividades de la CIA y del FBI a partir del año 1950[37]. La vía abierta por la L.L.I., junto a la labor de las Comisiones de Investigación del Congreso, fueron los cauces a través de los cuales se conoció la existencia de programas secretos de vigilancia de ciudadanos y organizaciones en el interior de los Estados Unidos. En el estudio, menudean además las noticias sobre informes oficiales relativos al asesinato del presidente Kennedy, y sobre asuntos tan dispares como programas de experimen-

35 Coloquio *F.O.I.A. 25th. Anniversary*, pp. 227 y 247

36 La compilación fue realizada por Harold Relyea y Suzanne Cavanagh, y aparece como Apéndice en H. Relyea y T. Riley (eds.), ***Freedom of Information Trends in the Information Age*** (Frank Cass, Londres,1983), pp. 144 y sgtes.

37 En el caso del FBI, incluso antes. Por ejemplo, relacionadas con la persecución y juicio de los anarquistas Sacco y Vanzetti, con respecto a las cuales el FBI entregó en 1975 un *dossier* de quinientas páginas a solicitud de un periodista del *Chronicle of Higher Education.*

tos de control mental con drogas ilegales a cargo de la CIA, informes sobre determinados episodios de la guerra de Vietnam, conspiraciones para asesinar a Fidel Castro, etc.

El segundo de los aludidos trabajos sobre la aplicación práctica de la L.L.I. tiene más ambición en sus objetivos y fue publicado en 1982 a instancias de una asociación llamada *Campaign for Political Rights*[38]. Aunque, con toda razón, advierten los autores que "es imposible realizar una compilación exhaustiva sobre la información hecha pública a través de la *Freedom of Information Act*", su selección está animada por la idea de ofrecer "una muestra representativa de la publicidad propiciada por la ley". El libro consta de diez capítulos donde se recogen, clasificados por temas, quinientos casos de utilización de las L.L.I. favorables todos ellos a la entrega de lo solicitado, con independencia de que la información así obtenida se haya hecho pública o no en medios de comunicación.[39]

La selección de casos relacionados directamente con lo que podríamos llamar la seguridad nacional entendida al modo clásico es bastante variada. En el capítulo dedicado a la información de carácter histórico,

38 ***Former Secrets. Governments Records Made Public Through the Freedom of Information Act*** (*Campaign for Political Rights*, Washington D.C., 1982).

39 Para dar una idea del contenido del libro, recojo a continuación los grupos temáticos, uno por capítulo, con algunas muestras del contenido de los casos: 1) Información sobre seguridad del consumidor: aerolíneas, automóviles, autopistas, productos químicos, alimentación, guarderías, etc. 2) Política antidroga y programas de control de conducta: pruebas antidrogas, y programas de experimentación desarrollados por la CIA. 3) Medio ambiente y poder nuclear: riesgos nucleares, uso de pesticidas, productos tóxicos, emisiones de baja frecuencia, plantas nucleaes, etc. 4) Fraudes, derroches y gasto público: contratos de defensa, préstamos federales, ayuda médica, cupones de alimentación, fraude industrial, radiotelevisión pública y comportamiento gubernamental. 5) Derechos civiles y laborales: discriminaciones en el trabajo, derechos funcionariales, proyectos federales de vivienda, programas de ayuda médica, extranjeros, indios, etc. 6) Negocios y mundo empresarial: acuerdos financieros, inspecciones, absorción de empresas, contratos públicos, préstamos, comisión de seguridad e intercambio, accidentes de trabajo, etc. 7) Información de carácter histórico: intervenciones USA en el exterior, aislacionismo, Segunda guerra mundial, Guerra fría, juicios célebres, años de Eisenhower, asesinato de Kennedy, etc. 8) Asuntos exteriores y defensa nacional: Guerra del Vietnam, agentes, pruebas de armamento atómico, operaciones encubiertas, Oriente Medio y Lejano, ayuda exterior, Latinoamérica, etc. 9) Intrusismo gubernamental en actividades políticas: programas de seguimiento a cargo del FBI (COINTELPRO), vigilancia de activistas negros, grupos feministas y disidentes, figuras públicas, programas en el ámbito universitario, etc. 10) Impuestos: pago de licencias, investigaciones impositivas, defraudaciones, errores en las devoluciones, etc.

se recogen solicitudes que tienen que ver, en su mayor parte, con la preparación de libros o trabajos académicos. Así, por ejemplo, una biografía de Oppenheimer, considerado como "el padre de la bomba atómica", un estudio sobre los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki, un libro sobre el espionaje en la época de Eisenhower, un trabajo sobre los orígenes del Consejo de Seguridad Nacional, etc.[40]. En el capítulo dedicado a los Asuntos Exteriores y la Defensa Nacional, indican los autores que los casos seleccionados "son de capital importancia para llevar a conocimiento público la política norteamericana con respecto al Sudeste Asiático y América Central[41]. Tal parece haber sido el criterio utilizado para recopilar. Los casos de entrega de información a periodistas o a asociaciones privadas especialmente activas en la utilización de la ley, como el *Center for National Security Studies* (CNSS), son numerosos y abundan en detalles que, en bastantes ocasiones, ya eran conocidos gracias a la labor de las comisiones parlamentarias post-Vietnam; así, en torno a las intervenciones en Indochina, en diversos países centroamericanos y en Chile.

Otros ejemplos muestran la utilidad de la ley a la hora de satisfacer la curiosidad de particulares interesados en conocer, al cabo de los años, los diversos programas de experimentación nuclear, con el fin de pleitear contra el Gobierno; o bien, para servir los propósitos de una Revista tenazmente empeñada en demostrar que el Gobierno había renunciado a llevar adelante una investigación sobre determinadas actividades privadas de un ex-director de la CIA por temor a que éste se dedicara a develar secretos de Estado[42].

El panorama que ofrecen ambos capítulos y el que se consagra a la vigilancia policial sobre el ejercicio de actividades políticas atestigua la gran avalancha de solicitudes recibidas por la CIA y el FBI a partir de 1974. Dada la ascendencia de la CIA sobre la toma de decisiones de política exterior, y el secretismo a ultranza que había caracterizado desde siempre su forma de trabajo, se comprende que la Agencia de Inteligencia se convirtiera pronto en uno de los objetivos favoritos de los

40 *Former Secrets*, *op. cit.*, pp. 111 y sgtes.

41 *Former Secrets*, p. 129.

42 *Former Secrets*, p. 136. La Revista fue *National Law Journal*, y la investigación a cuyo curso se renunció se refería, al parecer, a determinados acuerdos entre el ex-director de la CIA y algunas multinacionales en el contexto de una campaña de desestabilización del régimen político chileno tras el triunfo electoral de Salvador Allende en 1970.

requerimientos L.L.I. Suele decirse, sin embargo, que una de las sorpresas que deparó la aplicación de la Ley fue el comprobar la gran cantidad de gente interesada en obtener del FBI copia de sus antiguos archivos personales.[43]

El carácter particular de los problemas planteados por la aplicación de la L.L.I. a ambos organismos hizo que surgieran, ya en los años ochenta, respuestas especiales por parte del legislador. En el caso de la CIA, una ley de 1984 autorizó al director de la Agencia a declarar exentos de búsqueda determinados archivos y documentos sobre métodos de trabajo (*operational files*)[44]. En el caso del FBI, una reforma de la *Freedom of Information Act*, aprobada en 1986, sirvió para afinar el lenguaje de la excepción relativa a los archivos indagatorios (excepción n°7 de la L.L.I.: *investigatory records compiled for law enforcement purposes*), así como para declarar igualmente exentos de búsqueda aquellos archivos relacionados con los servicios extranjeros de Inteligencia o Contra inteligencia, o con actividades de terrorismo internacional "siempre que la existencia (de tales archivos) haya sido clasificada como secreta"[45]. El efecto más palpable de tales reformas no fue ampliar el derecho de la CIA y del FBI a ocultar información, sino, acaso, el de

43 Coloquio ***F.O.I.A. 25th. Anniversary***, ***op. cit.***, p. 231.

44 ***Public Law*** 98-477, 15 de octubre de 1984, codificada como 50 ***U.S.C.***, Epígrafe 431. Según la ley, el director de la CIA puede situar al margen de la aplicación de la L.L.I. aquellos archivos que se refieran a: (1) la realización de operaciones de inteligencia exterior o contrainteligencia, planes de seguridad conjunta e intercambios de información con gobiernos extranjeros o sus servicios de inteligencia; (2) procedimientos de recolección de datos de inteligencia exterior o contrainteligencia a través de sistemas científicos y técnicos; (3) investigaciones realizadas para conocer la posible capacidad operativa de las fuentes extranjeras de inteligencia o contrainteligencia. La ley prevé la revisión judicial de la exención de búsqueda ante el caso concreto, y establece la importante salvedad de que no pueden conceptuarse como archivos sobre métodos de trabajo (*operational files*) aquellos que sean "mera reproducción de datos de inteligencia, una vez que han sido propagados" (*files which are the sole repository of disseminated intelligence are not operational files*).

45 ***Public Law*** 99.570, de 27 de octubre de 1986, *Subtitle N.* (*Freedom of Information Act Reform*). La ley se conoce con el nombre de *Anti-Drug Abuse Act*, en cuyo seno se inscribe la reforma a la excepción n° 7 de la L.L.I. El texto de la reforma demuestra, una vez más, las sutilezas con que el lenguaje jurídico intenta resolver problemas de fondo. Aparte de otros retoques, en la mayoría de las seis circunstancias recogidas en la excepción n° 7 (ver *supra* nota 18 con su texto) se añadió al comienzo el inciso "cuando se pueda esperar razonablemente que (...) (*could reasonably be expected...*)", con el propósito de ampliar la discrecionalidad del FBI en la ocultación de archivos e informes, incorporando al mismo tiempo dicha discrecionalidad al criterio utilizable en sede judicial a la hora de controlar el uso de la excepción.

estrechar la obligación de ambos organismos de rebuscar en sus archivos como consecuencia de unas solicitudes que invariablemente venían obteniendo resultado negativo[46].

4. La *Freedom of Information Act* y la Seguridad Nacional: tendencias jurisprudenciales.

Una aproximación bien sencilla a las tendencias jurisprudenciales observables en la aplicación de la L.L.I. puede intentarse afirmando que, en caso de duda, los tribunales favorecen la difusión de información. Pero la regla no rige en absoluto cuando la duda se plantea en materia de seguridad nacional. Como mi conocimiento del asunto no se basa en un seguimiento cercano (mucho menos, prolongado) de una jurisprudencia cuyo número de casos puede calificarse, sin temor a exagerar, de ingente, desarrollaré la argumentación destacando una serie de tendencias que deduzco de la consulta de repertorios especializados[47]. La lectura directa de algunas sentencias relevantes completa mi relación de fuentes en la materia[48].

---

46 Cfr. *Litigation Under the Federal Open Gonvernment Laws*, *op. cit.* nota 64, p. 43 y 65 y sgtes.

47 Además de la ya citada *Litigation Under the Federal Open Government Laws* (edición de 1993), es de gran utilidad la *Justice Department Guide to the Freedom of Information Act.* William S. Hein and Co. Inc. Buffalo, 1992.

48 Desde la aprobación de la reforma de la L.L.I. en 1974 hasta el final del año judicial 1993-1994, el 30 de junio de este último año, el Tribunal Supremo ha aceptado revisar un total de veinticinco casos sobre la aplicación de la L.L.I. De ellos no hay ninguno que se refiera directamente a la excepción nº 1, la de las materias clasificadas en interés de la seguridad nacional, aunque un caso, *CIA v. Sins*, le afecta muy de cerca. Los asuntos que se repiten con más frecuencia son los referidos a la aplicación de la excepción nº 5 (memorándums de carácter interno o interagencias), con siete casos, a la excepción nº 3 (materias declaradas exentas de publicidad en otros estatutos), con seis casos, y a la excepción nº 7 (archivos policiales indagatorios), con cinco casos. Curiosamente, la sola lectura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo no permitiría forjarse una opinión muy alentadora sobre las virtudes pro-apertura de la L.L.I., pues tan sólo cuatro de los veinticinco casos decididos parecen defender abiertamente la entrega al administrado de la información solicitada: *Department of the Air Force v. Rose*, 425 U.S., 352 (1976), *Department of Justice v. Jualian*, 486 U.S. 1 (1988), *Department of Justice v. Tax Annalysts*, 492 U.S., 136 (1989) y *Department of Justice v. Landano*, 113 Sct., 2014 (1993).

4.1. La L.L.I. es un Estatuto animado por un espíritu de apertura que exige una interpretación favorable a ésta.

Siempre que el Tribunal Supremo se ha enfrentado a asuntos en los que estaba en juego la publicidad de normas, ha aprovechado la ocasión para hacer elocuentes afirmaciones de principio con respecto a los propósitos centrales de la L.L.I. y el alcance general de las excepciones. Ningún caso se ajusta mejor a tales características que uno de 1976. ***Department of Air Force v. Rose et al.,*** en el que la materia controvertida fue la excepción nº 6 (respecto a la intimidad y la aplicación (y el público conocimiento del Código de Honor interno de la Fuerza Aérea. Los *obiter dicta* del Tribunal en el caso Rose continúan sirviendo de referencia para la decisión en favor del administrado de muchas demandas L.L.I. "El propósito básico de la Ley -resume el juez Brennan en nombre de la mayoría- viene a ser reflejo de una filosofía general favorable a la plena publicidad de la información en poder de los organismos administrativos, excepto cuando la misma quede claramente exenta de publicidad a la luz del lenguaje empleado por el legislador". Citando al Tribunal de Apelación, abunda retóricamente en la idea: "(...) con el fin de alzar el velo del secreto administrativo y abrir al control público la labor de las Agencias, el Congreso dijo exactamente que nada en la ley debería interpretarse como una autorización para ocultar información a menos que así esté previsto expresamente (...)". Y concluye: "(...) el régimen de excepciones, en todo caso limitado, no puede llevar al olvido de que el objetivo predominante de la ley es la publicidad, y no el secreto"[49].

Bien está la retórica, sobre todo cuando suena del lado hacia el que uno se siente inclinado, y cuando despliega los efectos *stare decisis* que cabe esperar de ella, pero no sirve de mucho sin medidas más concretas. Desde el punto de vista de la efectividad de la L.L.I., una decisión del Tribunal de Apelación del Circuito de Washington D.C., dictada en 1973, es mucho más importante. Con el paso del tiempo, su utilidad práctica se conserva intacta, hasta el punto que el nombre del caso, *Vaughn v. Rosen*, se han transmutado en una peculiar institución del régimen jurídico de la L.L.I. que se conoce con el nombre de "*obliga-*

49 ***Department of the Air Force et al. v. Rose et al.***, 452 U.S., 352, 360-361 (1976).

ción Vaughn" (*Vaughn Showing Obligation*). Además de dejar sentado que incumbe a la Administración cargar con la prueba de la excepción que alega, el caso Vaughn estatuyó la obligación de los organismos públicos de facilitar a todo aquel que lleve una demanda L.L.I. hasta la vía judicial la suficiente información como para que el juicio sea posible. "Resulta obvio –dice el Tribunal- que muchas veces quien se interesa por un determinado documento no puede precisar con exactitud lo que el mismo contiene; la información de carácter secreto resulta, por definición, desconocida para quien solicita su revelación"[50]. Una orden judicial "Vaughn" es aquella que exige a los organismos administrativos poner a disposición del demandante y del propio Tribunal un índice detallado de los documentos (o fragmentos de éstos) cuya entrega se deniega, expresando las razones aducidas por la Administración, con respecto a cada uno de los documentos, para no acceder a lo solicitado. Cuando se enunció por vez primera, "Vaughn" fue visto como la solución a un estado de cosas que en la práctica suponía que quien pedía la publicidad tenía que demostrar cosas imposibles "en clara contradicción con el mandato legal"[51]. Las órdenes "Vaughn" se vienen utilizando desde entonces de manera habitual, especialmente en aquellos casos en que entran en juego las excepciones relacionadas con la seguridad nacional; en dicho ámbito, el instituto procesal "Vaughn" ha acabado por convertirse en un arma de doble filo: la arbitrariedad de la Administración a la hora de ocultar información se ve recortada por la necesidad de explicarse en un índice detallado, pero, a su vez, éste sustituye muchas veces la revisión directa por los jueces de los propios documentos ocultados.

4.2. En materia de seguridad nacional lo importante son las cuestiones previas: quién decide sobre lo que causa daño a ésta y qué criterios se emplean para clasificar.

Tras la reforma de la L.L.I. en 1974, se dijo que la naturaleza de la

50 *Vaughn v. Rosen*, 484 F. 2d. 820, 823 (1973).

51 *Vaughn v. Rosen*, p. 828. Y optimistamente añadía el Tribunal: "nuestra decisión puede ser un buen estímulo para lo que debería ser en último extremo la solución más sencilla y eficaz: la voluntaria entrega por las agencias de la mayor cantidad de información posible y la previsión de procedimientos que sirvan para separar claramente lo que puede entregarse y lo que hay que ocultar (...)".

excepción nº 1, la de las materias clasificadas en nombre de la seguridad nacional, había quedado alterada de raíz[52]. Quienes opinaban así suponían que la reforma había conferido a los jueces la facultad de entrar a revisar, con criterios independientes y carácter sustantivo (no sólo procedimental), las decisiones clasificatorias. A la vista del despliegue de la L.L.I., hay que pensarlo dos veces antes de afirmar que la practica ha ido por esos derroteros.

En 1970, un Tribunal de Circuito respaldó la negativa a entregar determinados documentos relacionados con Vietnam, con el argumento de que "la cuestión de lo que conviene a los intereses de la Defensa Nacional y la Política Exterior no es el tipo de asunto para cuya decisión se definiera el cometido de los tribunales"[53]. Dos años más tarde, la revisión de un caso de vigilancia electrónica sobre ciudadanos, realizada sin mandato judicial, daba ocasión al Tribunal Supremo para expresar un punto de vista diferente, rebatiendo el argumento de que los jueces no están capacitados para decidir en asuntos que afecten a la protección de la seguridad nacional: "No podemos aceptar el punto de vista del Gobierno –señaló el Tribunal- de que los asuntos relacionados con la seguridad nacional son demasiados sutiles y complicados como para someterlos a evaluación judicial. Los tribunales se enfrentan a diario con los más difíciles problemas sociales, y ninguna razón permite avalar la idea de que los jueces no están capacitados para emitir opiniones en materia de seguridad"[54]. Es cierto que este último asunto no versaba sobre la proyección externa de la seguridad nacional, pero hablando en términos generales (y por tanto no muy definidos), puede afirmarse que a partir de 1974 las posiciones de principio con respecto al control judicial de la aplicación de la L.L.I. en materia de seguridad nacional se sitúan a medio camino entre los dos polos opuestos recién señalados, aunque tienden a estar más cerca del primer criterio que del segundo. "La intrínseca ambigüedad y el carácter *policy-oriented* del concepto de seguridad nacional (se pronosticó al poco tiempo de aprobarse la reforma), la falta de criterios claros sobre los que supone un peligro para ella (...) y la ausencia de una tradición jurisprudencial que arroje

52 Robert Post, "*National Security and the Amended Freedom of Information Act*", ***Yale Law Journal***, 85 (1976), pp. 401 y sgtes.

53 ***Epstein v. Resor***, 421 F 2d, 930, 933 (1970).

54 ***United States v. United States District Court***, 407 U.S., 297, 320 (1972).

luz sobre el problema, son factores que se aúnan para dificultar en extremo un juicio independiente de los tribunales"[55].

Una vez aprobada la reforma, la discusión judicial se centró en el alcance de las facultades revisorias. Un caso de 1978, *Ray v. Turner*, analiza la intención del legislador para deducir que lo añadido por él a la excepción nº 1 buscaba precisamente la revisión independiente y sustantiva por parte de los jueces de las decisiones clasificatorias. El caso se anticipa al decurso de la jurisprudencia en los años venideros y resume con gran precisión las características del problema: "1º) el Gobierno clasifica y asume la carga de probar el correcto uso de la excepción; 2º) el Tribunal revisa con plenitud de juicio; 3º) al hacerlo así, debe, sin embargo, conceder un peso específico (*substantial weight*) al informe de la agencia en el que se detalla el *status* clasificatorio de los documentos objeto de controversia; 4º) la decisión sobre si procede efectuar un examen a puerta cerrada (*in camera examination*) de los documentos, y sobre la forma concreta de llevarla a cabo, queda al arbitrio del Tribunal"[56].

El punto clave del anterior razonamiento es, naturalmente, el numerado con el ordinal tercero, es decir, el que se refiere al peso específico del informe de la agencia para la decisión del caso. Las consideraciones realizadas a renglón seguido sobre el examen *in camera* y los problemas que ésta plantea, quedan eclipsadas por una constatación previa que los tribunales suelen seguir a rajatabla. Con todo, la judicialización del sistema clasificatorio a través de la reforma de L.L.I. obliga a tomar en serio el contenido de las órdenes ejecutivas que lo regulan. Los criterios recogidos en ellas dejan de ser vaporosas pautas de comportamiento administrativo, para convertirse en parámetros objetivos de la posible revisión judicial sobre el uso del sistema. El arbitrio del Ejecutivo queda recortado y abierta la vía para echar por tierra clasificaciones manifiestamente erróneas o caducas. Además, no hay que olvidar que la previsión de la entrega de fragmentos segregables de un documento o conjunto de documentos clasificados se aplica plenamente cuando la excepción invocada es la que venimos examinando[57].

55 Robert Post, "*National Security and the Amended ...*"., *op. cit.* en nota 52, p. 416.

56 *Ray v. Turner*, 587 F 2d. 1187, 1194 (1978).

57 *Paisley v. CIA*, 724 F. 2d, 201 (1984) y sobre todo, dos casos que resolvieron sendas

En materia de seguridad nacional, la jurisprudencia se ha detenido en los requisitos de los "informes Vaughn", para llegar a la conclusión de que lo importante es el contenido de los mismos desde el punto de vista de su eficacia explicativa, no la forma concreta que revisten, bajo la cual cumplen las agencias la obligación de ponerlos a disposición del Tribunal[58].

Con respecto al examen *in camera*, uno de los criterios utilizados tradicionalmente para descartarla es el del volumen o la complejidad de los documentos clasificados[59]. Sin embargo, últimamente se viene constatando la tendencia de ciertos tribunales a no renunciar por tal motivo a la inspección *in camera*, recurriendo para realizarla a procedimientos nuevos. Así, el nombramiento de un perito judicial *ad hoc* (*special master*), o el recurso a la técnica del muestreo (*sampling*). Un perito especial actuó por vez primera en la revisión de más de 14.000 páginas de documentos relacionados con el fallido intento de Carter de liberar mediante una incursión militar a los rehenes norteamericanos en Irán. El caso enfrentaba al Washington Post con el Departamento de Defensa; éste optó por recurrir en apelación el nombramiento del perito, pero el Tribunal del Circuito de Washington D.C. convalidó plenamente la iniciativa del juez[60]. La sentencia del juicio incidental enuncia el siguiente principio aplicable en los pleitos L.L.I.: "cuando el número de documentos clasificados es tan ingente que el juez y su letrado (*law clerk*) carecen en absoluto de la posibilidad de

solicitudes de la *Church of Scientology* para que determinados organismos públicos hicieran entrega de los archivos relacionados con ella: ***The Founding Church of Scientology of Washington D.C. v. Bell et al.***, 603 F. 2d, 945 (1979), y ***Church of Scientology of California v. United States Department of Defense***, 611 F. 2d, 738 (1979).

58 ***Hinton v. Department of Justice***, 844 F 2d. 126 (1988): "Lo que resulta obligado, ni más ni menos, es que el solicitante de información y el juez puedan deducir del índice una explicación clara de las razones por las cuales cada uno de los documentos o fragmentos de éstos no entregados está presuntamente exento de publicidad".

59 ***Allen v. CIA***, 636 F. 2d, 1298 (1980): "Los Tribunales se han mostrado renuentes a realizar inspecciones *in camera*, favoreciendo el recurso a otros procedimientos. Cuando el examen de los documentos controvertidos exige realizar esfuerzos hercúleos debido a su volumen o complejidad, la renuncia a realizar dicha inspección se entiende perfectamente (...)".

60 ***In Re U.S. Department of Defense***, 848 F. 2d. 232 (1988). El nombramiento de peritos está autorizado con carácter general en el artículo 53° (b) del ***Federal Rules of Civil Procedure***, donde el nombramiento queda supeditado a la presencia de circunstancias excepcionales (*exceptional conditions*).

hacer una revisión directa, y siempre que el juez haya llegado a la conclusión de que los métodos alternativos de control están viciados, resulta adecuado nombrar un perito que disponga de franquicia para el acceso a documentos clasificados, siempre y cuando no se derive de ellos una pérdida de la independencia de criterio del juez"[61].

Admitiendo que fuera posible cumplir esta última exigencia, lo que cabría preguntarse es si la franquicia para el acceso a información clasificada no conlleva cierta predisposición a sostener el juicio clasificatorio. El resultado del caso en examen no aporta razones para la sospecha. El dictamen pericial resulta, a nuestro juicio, un modelo de precisión técnica a la hora de discernir las clasificaciones controvertidas. Su repertorio de cinco categorías de información clasificada a las que podrían reconducirse todos y cada uno de los puntos objeto de controversia, no tiene desperdicio[62]. A la vista del mismo, la Sentencia da la razón, en su mayor parte, al Departamento de Defensa, con el argumento central de que "los archivos contienen documentos relativos a planificación de espionaje y forma de llevar a cabo misiones antiterroristas, que inevitablemente son una referencia de lo que debe y no debe hacerse de cara a futuras misiones con parecidos objetivos y dificultades"[63]. El interés de la sentencia radica además en el estudio que la misma realiza sobre la procedencia de seguir ocultando información más o menos ya conocida por el público, y sobre el tratamiento que deben recibir las actas de las sesiones parlamentarias cuando se encuentran en poder de organismos administrativos. A lo primero, dice el juez que procede seguir ocultando cuando se demuestre riesgo de daño para la seguridad nacional en caso de hacer pública la informa-

61 *In Re U.S. Department of Defense*, p. 239.

62 Tales categorías, conforme aparecen en el resumen del dictamen pericial recogido en la sentencia del juez de Distrito, son: a) Documentos reclasificados: los que carecieron originariamente de sello y fueron clasificados en algún momento, quizá tras recibir la solicitud L.L.I.; b) Documentos hechos públicos en forma no oficial: por ejemplo, aquellos clasificados, pero publicados en algún libro o trabajo de investigación; c) Documentos cuya clasificación se ve afectada por un cambio en las circunstancias; d) Documentos que contienen "secretos abiertos" (*open secrets*): aquellos que, a juicio de quien demanda su publicidad, contienen datos que son ya de dominio público por haber sido revelados a través de fuentes diversas, incluso oficiales; e) Documentos hechos públicos por error: así ocurría en el caso en examen con relación a un documento concreto entregado por un general a un grupo de periodistas. ***Washington Post v. U.S. Department of Defense***, 766 F. Supl., 1, 5 (1991).

63 *Washington Post v. U.S. Department of Defense*, p. 7.

ción que complete o respalde lo ya conocido. A lo segundo, que las actas de las sesiones siguen siendo documentos del Congreso y que están exentos, por consiguiente, de la L.L.I., a menos que el Congreso manifieste expresamente su voluntad de convertirlos en documentos administrativos (*Agency records*).

Por lo que hace a la técnica del muestreo, se presta a objeciones de orden lógico sobre el método para seleccionar y sobre la dudosa representatividad de los documentos seleccionados, pero su uso parece estar creciendo en la misma medida en que aumenta el número de inspecciones judiciales *in camera*[64]. Una conclusión apresurada basada en este solo indicio permitiría aventurar que el comportamiento judicial está plenamente en consonancia con las tendencias sociales, más proclives hoy a la apertura de lo que lo eran hace unos años. Sin embargo, parece que las cosas no son así del todo. Un experto constataba recientemente cierta predisposición del Tribunal de Circuito de Washington D.C. –el que, con mucho, decide el mayor número de casos L.L.I.- a reproducir una divergencia entre las opiniones sostenidas por los jueces nombrados durante los mandatos presidenciales de Reagan y Bush, y las de otros jueces, mucho más proclives estas últimas a avalar las solicitudes de los ciudadanos[65].

En el mismo debate conmemorativo del vigésimoquinto aniversario de la ley, todos los participantes parecieron estar de acuerdo con la idea de que, entre quienes recurren a menudo a la L.L.I., está muy extendido el convencimiento de que no merece la pena embarcarse en juicio cuando las solicitudes tropiezan con la excepción relativa a la seguridad nacional"[66]. Sobre todo, cabría añadir, cuando la excepción se opone

64 Coloquio ***F.O.I.A. 25th. Anniversary***, p. 255. Por poner un ejemplo, el *samplig* se ha utilizado recientemente en un caso que versaba sobre el archivo personal, conservado en poder del FBI, del que fuera su más célebre director de todos los tiempos, J. Edgar Hoover. El Departamento de Justicia y el demandante llegaron a un acuerdo por el que éste pudo designar un número no superior a quinientos documentos para su examen por el juez. La documentación obtenida ha sido finalmente empleada en el libro ***Official and Confidential. The Secret Life of Edgar Hoover***. Putnam's and Sons. Nueva York, 1993.

65 ***Coloquio F.O.I.A. 25th. Anniversary***, p. 256. El experto, un abogado con larga experiencia en juicios L.L.I., aduce dos ejemplos recientes: uno de 1990, ***New York Times v. NASA***, en el que se falló en contra de la entrega al periódico de las cintas donde se gravaron conversaciones de los astronautas instantes antes del fatal accidente de la nave Challenger en enero de 1986, y otro caso de 1988, ***Wolfe v. Department of Health and Human Services***, sobre el alcance de la excepción nº 5 de la ley (memoranda de carácter interno).

66 ***Coloquio F.O.I.A. 25th. Anniversary***, p. 252.

frente a quienes se atreven a indagar en el mundo de los Servicios de Inteligencia.

4.3. Cuando se trata de la CIA, mejor no preguntar

En el caso de la CIA, el fondo –la custodia de los más vitales secretos para la seguridad del Estado- y la forma –el secretismo a ultranza de sus métodos- se aúnan para hacer de la Agencia de Inteligencia un ámbito especialmente resistente a los objetivos perseguidos por la L.L.I. Se dirá que tales objetivos no cuadran ni con el mundo del espionaje ni, en general, con el de la defensa del Estado. Lo primero es cierto; lo segundo, no. Según Marwick, el Departamento de Defensa ostenta un sorprendente récord en cuanto a cumplimiento puntual de los requerimientos L.L.I. En los últimos años, viene recibiendo una media de 60.000 solicitudes anuales, de las que el 80 por ciento obtienen respuesta favorable en los plazos marcados por la ley. Por contraste, la CIA tiene menos solicitudes anuales en términos absolutos, pero, a la hora de responder, incurre en retrasos que muchas veces sobrepasan los dos años[67]. La autora no ofrece datos sobre el porcentaje de ellas resueltas en favor de la entrega de lo solicitado, pero las tendencias jurisprudenciales no exhortan precisamente a la curiosidad pública.

Tan sólo doce días después de que entraran en vigor las reformas L.L.I. de 1974, un Tribunal de Circuito dictó una sentencia sobre la CIA y el régimen de funcionamiento de la excepción nº 1, con resultados que no pudieron ser más deferentes para con los criterios defendidos por la Agencia. El asunto enfrentó al editor Alfred A. Knopf con la CIA, y fue una secuela de un célebre caso decidido en 1972 sobre (y contra) la libertad de expresión de los empleados de la CIA: *United States v. Marchetti*. En el caso Marchetti, estaba en disputa el derecho de un ex-empleado de la CIA a publicar un libro sin someterlo a la censura de sus antiguos patrones. La sentencia declaró que el "compromiso de reserva" (*secrecy agreement*) firmado por Marchetti al acceder al empleo no había supuesto una renuncia ilegítima de derechos constitucionales y que era, por consiguiente, de exigible cumplimiento al

67 Christine Marwick: ***Your Right to Government Information, op. cit.*** en nota 24, p. XXVI.

objeto de que la CIA pudiera comprobar, antes de la publicación del libro, que este no contenía información clasificada[68].

Knopf v. Colby no fue un caso sobre la L.L.I., sino uno para dirimir el desacuerdo entre el editor y la CIA sobre los puntos concretos que debían suprimirse del original, pendiente de publicar, *The CIA and the Cult of Intelligence*. El autor de la sentencia, quizá impresionado por el tenor de la reforma de la L.L.I., discute en ella lo que debe entenderse por información "rectamente clasificada" (*properly classified*, en expresión de la por entonces novedosa excepción n° 1), y llega a una conclusión para la que todas las alforjas hubieran sobrado: está bien clasificado lo que se ha clasificado. "Quienes defienden –se lee en la sentencia– que todos o parte de los fragmentos censurados deberían haber sido ya objeto de desclasificación, tienen a su disposición un remedio administrativo mucho más eficaz que el que pudiera dispensar el Poder Judicial, con la ventaja de que funciona sin incurrir en amenazas potenciales para la seguridad nacional, y dentro del más absoluto respeto hacia la tradicional autonomía en la materia del Poder Ejecutivo[69].

Sucesivamente, la CIA obtuvo de los tribunales plena confirmación acerca de la legitimidad de dos prácticas de frecuente uso a la hora de denegar solicitudes L.L.I. Una es la táctica del "ni afirmo ni niego" sobre la existencia de lo solicitado, conocida con el apodo de *Glomarization*. Otra es la práctica que suele recibir el nombre de "teoría del mosaico" (*mosaic theory*), algo defendido obstinadamente por la CIA y cuyo significado, pese al nombre, no tiene nada de esotérico: en materia de inteligencia la publicidad de un solo dato aislado sin importancia aparente, puede acarrear, manejado por mentes expertas y en

68 ***United States v. Marchetti***, 466 F 2d., 1309 (1972). El otro caso célebre sobre la misma cuestión es ***United States v. Snepp***, 444 U.S., 507 (1980), donde el Tribunal Supremo fue aún más lejos que en el caso Marchetti, declarando que todos los beneficios obtenidos por el apelado mediante la publicación del libro ***Decent Interval***, en el que se criticaba la actuación de la CIA durante los meses finales de la Guerra del Vietnam, debían ser objeto de confiscación por no haber respetado su autor, también exempleado de la CIA, el compromiso de censura previa firmado con ésta; sobre ambos casos, cfr. Ronald Dworkin, "*Is the Press Losing the First Amendment?*, en : ***A Mater of Principle***. Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 381 y sgtes.

69 El remedio administrativo al que se refiere el juez es el de la revisión por la *Interagency Classification Review Committee*, un organismo creado poco antes mediante la orden ejecutiva sobre clasificación firmada por Nixon; ***Alfred A. Knopf Inc. v. Colby***, 509 F 2d, 1362, 1370 (1975).

conjunción con otros indicios, muy malas consecuencias para la seguridad nacional.

En *Phillippi v. CIA*, fallado en 1976, un Tribunal enjuició la negativa de la CIA a reconocer o desmentir la existencia de unos documentos sobre el intento de reflotar un submarino abandonado por la URSS, empleando en la operación un gigantesco navío bautizado como Hughes Glomar Explorer (de donde el apelativo de la práctica como *Glomarization*). El solicitante de la información fue un periodista interesado en conocer los esfuerzos realizados para contener la curiosidad de la prensa sobre la operación de rescate. Según el Tribunal, cuando la postura de la CIA es la del "ni afirmo ni niego", el juez deberá conformarse con revisar el informe (*affidavit*) de la Agencia, pudiendo llegar a exigir puntualizaciones adicionales para su análisis *in camera*, pero sin dar traslado de éstas o de aquél a la contraparte[70].

La "teoría del mosaico" ha obtenido respaldo judicial muy a menudo. Aparece enunciada de forma contundente en un caso de 1978 que hemos citado en el Capítulo anterior a propósito del Privilegio de la Guarda de los Secretos de Estado, *Halkin v. Helms*: "no hay que reflexionar mucho –dice el autor de la sentencia- para comprender que todo lo relacionado con la recogida de datos de Inteligencia exterior en esta era tecnológica de los ordenadores se asemeja más a la construcción de un mosaico que a (en traducción libre) una novela de intriga al estilo clásico (*cloak and dagger affair*)"[71].

Pero lo que quizá ha contribuido más que nada a que se difunda cierta exención de la CIA con respecto a las previsiones de la L.L.I. es la poca inclinación de los jueces a emitir opiniones sobre el fondo de

70 "Cuando la respuesta de la Agencia consiste en decir que no puede ni afirmar ni desmentir la existencia de los documentos solicitados, el Tribunal no puede examinar más documentos determinantes que aquellos en los que la Agencia explica su punto de vista. Así pues, para atender la voluntad del legislador cuando dispuso que es obligatorio revisar de manera independiente la legalidad de la negativa a proporcionar información (...), el Tribunal puede verse en la obligación de realizar un examen *in camera* de los informes, sin participación de la representación legal del demandante", ***Phillippi v. Central Intelligence Agency***, 546 F2d. 1009, 1013 (1976).

71 Y citando el caso Marchetti, añade: "La importancia de un dato aislado de información puede a menudo depender del conocimientno de otros extremos de la misma. Lo que puede parecer trivial al no iniciado, bien puede resultar crucial para quien posea un conocimiento amplio del asunto en su conjunto, y sea capaz de emplazar el dato concreto en su contexto adecuado (...)", ***Halkin v. Helms***, 598 F 2d., 1, 9 (1978).

los asuntos debatidos. El argumento tradicional es que los jueces carecen de la adecuada preparación (*lack of necessary expertise*) para pronunciarse con conocimiento de causa en los asuntos relacionados con los servicios de Inteligencia y la seguridad nacional. En la práctica, ello significa que el contenido de los informes traídos a juicio por la Agencia adquieren el peso de una presunción favorable a ella difícil, sino imposible, de destruir. La cuestión queda nítidamente reflejada en un caso en el que lo que se pedía de la CIA era algo cuyo parentesco con la seguridad nacional es cuando menos lejano: la relación de honorarios profesionales de abogados pagados por la Agencia en un período de tiempo determinado. La CIA accedió a entregar a la organización que lo solicitaba una lista incompleta, y se guardó los que se habían pagado en conexión con actividades encubiertas o clasificadas, con el argumento de que "la publicidad podía ocasionar daño para los individuos identificados, menoscabo de los esfuerzos para reclutar personal de cara a otras acciones y perjuicio para las fuentes y métodos de trabajo, al proporcionar útiles pistas a servicios de Inteligencia de potencias hostiles"[72]. Que esos eran argumentos puramente especulativos, como adujeron los demandantes, no fue compartido en absoluto por la opinión del Tribunal de Circuito. Según la opinión mayoritaria de éste. "lo que el Congreso nos ha encargado (a los jueces) es sólo que comprobemos que el riesgo previsible es una expectativa razonable; y es justamente con relación a este particular extremo donde, habida cuenta de nuestra falta de experiencia en la materia, hemos de conceder un peso específico a lo afirmado por la Agencia"[73].

Por si todo lo anterior no bastara, la CIA dispone de un camino expeditivo para no atender los requerimientos L.L.I. La excepción N° 3 de la ley, esto es, la de las materias exentas de publicidad en virtud de otros estatutos. permite el reenvío al propio Estatuto regulador de la CIA, donde se establece que el Director "será responsable de proteger las fuentes y métodos de la Agencia contra publicidad no autorizada"[74]. Esgrimiendo esta obligación, huelgan mayores precisiones: lo

72 ***Halperin v. Central Intelligence Agency***, 629 F 2d., 144, 147 (1980).

73 ***Halperin v. CIA***, p. 149.

74 ***United States Code***, Título 50 (*War and National Defense*), Epígrafe 403 (*Central Intelligence Agency*), Apartado (3). El Epígrafe 403 g permite además ocultar información sobre la estructura interna de la CIA, y el 431, añadido en 1984, completa, como hemos visto antes (nota 83) las exenciones de publicidad sobre fuentes y métodos de trabajo.

que se deniega no tiene por qué haber sido objeto de clasificación previa, y además se elude el juicio revisorio sobre el uso del sello.

La tendencia de los organismos administrativos a abusar de la excepción tercera ha sido desde siempre uno de los problemas centrales en la aplicación de la L.L.I. En 1976, el legislador intentó frenar dicha tendencia añadiendo dos requisitos a la excepción con el fin de anular la arbitrariedad administrativa[75]. La reforma fue la reacción del Congreso a una sentencia del Tribunal Supremo en la que se dijo que una ley anterior a la L.L.I., la *Federal Aviation Act*, en la que se daba a la Administración total discrecionalidad para ocultar datos "siempre que así lo exigiera el interés público", no se había visto afectada por la L.L.I.[76]. Desde la reforma, los criterios jurisprudenciales sobre el uso de la excepción vienen siendo mucho más estrictos, pero no hay que olvidar que al menos 150 autorizaciones especiales para ocultar información, diseminadas a lo largo y ancho del *United States Code*, continúan propiciando los abusos[77].

En el caso de la CIA, la cuestión se centra en precisar lo que deba entenderse por "fuentes y métodos de inteligencia". En 1983, una Decisión de Segunda Instancia se aproximó al concepto desde una perspectiva favorable a la publicidad que, desafortunadamente para ésta, no compartió el Tribunal Supremo al revisar la sentencia[78].

---

75 La excepción quedó redactada en los siguientes términos: "materias exentas de publicidad en virtud de estatuto siempre y cuando el estatuto en cuestión: a) exija que la materia quede al margen de publicidad con una normativa en la que no haya margen para la libre apreciación por parte de la Agencia administrativa; b) establezca criterios específicos aplicables en la decisión de ocultar, o concrete el tipo de materias exentas de publicidad" (***Public Law*** 94-409, de 13 de septiembre de 1976).

76 La Sentencia decidió el caso ***Administrator Federal Aviation Administration v. Robertson***, 422 U.S., 255 (1975), cuyo origen fue una solicitud de datos relativos al funcionamiento de determinadas líneas aéreas comerciales. Por ello, a menudo se cita la reforma L.L.I. de 1976 como la "reforma Robertson".

77 Cfr. ***Justice Departmet Guide to the Freedom of Information Act***, ***op. cit.*** en nota 47, pp. 44 y sigtes., con un comentario general de tales criterios a partir del año 1976, en el que se destaca del caso ***American Jewish Congress v. Kreps***, 574 F 2d., 624 (1978). El Tribunal de Circuito analiza ahí *in extenso* la intención del legislador para llegar a la conclusión de que "el objetivo inconfundible de la Enmienda Robertson a la *Freedom of Information Act* fue asegurar que las decisiones fundamentales en materia de secreto gubernativo fueran adoptadas por el Legislativo, y no por el Ejecutivo".

78 La sentencia de Segunda Instancia es la del Tribunal de Apelación del Circuito de Washington D.C. en el caso ***Sims et al. v. CIA***. 709 F 2d., 95 (1983), donde se propone la siguiente aproximación funcional al concepto de "fuente de inteligencia": "persona o institu-

CIA v. Sims es uno de los pocos casos en los que el Tribunal Supremo analiza frontalmente las peculiaridades del mundo de los servicios de Inteligencia[79]. Lo que se discutía era si procedía revelar, en respuesta a una solicitud L.L.I., los nombres de universidades e institutos de investigación que en el pasado habían cooperado con la CIA para estudiar los avances chino-soviéticos en materia de técnicas interrogatorias y de "lavado de cerebro" (*brainwashing*). El programa, llamado MKULTRA, se llevó a cabo entre 1953 y 1966, con el fin de entrenar a los agentes destinados en el extranjero ante su posible captura por el adversario. Casi veinte años después, la opinión del Tribunal sobre la necesidad de guardar a toda costa el secreto de las fuentes y los métodos de Inteligencia es un homenaje al acercamiento al mundo del espionaje desde la tesis de la "novela de intriga": "Incluso la más remota posibilidad –dice la mayoría en la sentencia- de que un Tribunal se decida por el criterio de la publicidad de una fuente, puede poner en peligro la recogida de datos y producir el resultado de que las fuentes de información se cierren en banda (...). Para inducir a determinadas fuentes a cooperar, el Gobierno tiene que ofrecer una Seguridad en la confidencialidad lo más rotunda posible"[80].

La crítica más sensata de una opinión que parece otorgar a la CIA patente de corso para ocultar todo lo que ella misma califique como "fuente o método de Inteligencia" aparece en el voto particular firmado por los jueces Marshall y Brennan, para quienes el asunto debería haberse abordado desde el punto de vista de la excepción nº1 de la L.L.I., es decir, mediante el análisis del daño potencial para la seguridad nacional: "La decisión adoptada hoy –se lee en el voto particular-

ción que facilita, ha facilitado o tiene el compromiso de facilitar a la CIA información que resulte necesaria para el eficaz desempeño por parte de ésta de sus funciones, siempre que, razonablemente, no quepa esperar obtener tal información sin garantizar plena confidencialidad a quien la proporciona".

79 Los otros casos son aquellos en los que el Tribunal analiza los recortes a la libertad de expresión de los ex – empleados de la CIA, especialmente, el ya citado ***Snepp v. United States*** y uno posterior a éste: ***Haig v. Agee***.

80 ***CIA et al. v. Sims et al.,*** 471 U.S., 159, 175 (1985). Y el Tribunal refuerza su razonamiento con el argumento de la falta de calificación técnica de los jueces en la materia: "Nos permitimos dudar que una posible fuente de inteligencia pueda estar segura acerca de su cooperación, si es consciente de que los jueces, con muy poca o nula preparación en el delicado mundo de los servicios de Inteligencia, pueden ordenar la revelación de la identidad del informante (...)".

permite a la Agencia evitar la carga de la prueba que viene exigida en la cuidadosa ponderación recogida en la excepción n° 1, e invalida los esfuerzos del Congreso para poner límite a la discrecionalidad de aquella"[81].

Lo que deba entenderse por "fuente confidencial", especialmente a efectos de eximir al FBI de las obligaciones impuestas por la L.L.I., viene cobrando creciente importancia desde las reformas auspiciadas por la Administración Reagan[82]. Una decisión de 1993, la última hasta el momento de las dictadas por el Tribunal Supremo sobre la L.L.I., permite hablar con cierta recuperación de los principios favorables a la publicidad que animaron al legislador al aprobar la *Freedom of Information Act*. Frente al dilema de siempre, eficacia inquisitiva *versus* política de principios, la Sentencia, de la que fue ponente la juez O'Connors, opta por la segunda:

> "El Gobierno ha argüido de manera consistente que la capacidad de mantener la confidencialidad de todas sus fuentes resulta vital para la efectividad de la lucha por el cumplimiento de la ley. Una regla preventiva que protegiera la identidad de todos los confidentes del FBI (...) serviría indudablemente a tal propósito y sería de fácil aplicación. Pero nosotros no tenemos capacidad para implantar una opción política de ese género (...). Consecuentes con nuestra obligación de interpretar las excepciones de la *Freedom of Information Act* de la manera más estricta y en sentido favorable a la publicidad, mantenemos que el Gobierno carece de una presunción para calificar de confidencial a cualquier fuente del FBI en el transcurso de una investigación (...)"[83].

5.- Conclusión

Las palabras suscritas por la juez O'Connors captan a la perfección el dilema planteado por la efectividad de una ley pro apertura como la

81 *CIA v. Sims*, p. 189.

82 Cfr. Miguel Revenga Sánchez: **El Imperio de la Política**..., *op. cit.* en nota 1, pp. 186 y sgtes.

83 *United States Department of Justice v. Landano*. 113 S. Ct., 2014, 2024 (1993).

L.L.I. Decisión política, actuación de las agencias administrativas y control judicial se entrecruzan en un complejo sistema de equilibrios de cuyo balance depende la utilidad de la ley. Tras el final de la Guerra Fría y el derrumbamiento de la política de bloques, la lógica del secreto, que llegó a impregnar el funcionamiento entero del sistema, parece haber perdido buena parte de su razón de ser. Consecuente con ello, la Administración Clinton, al inicio de su primer mandato, se comprometió a impulsar una práctica favorable a la publicidad, que ha venido dando frutos, a lo largo de estos años, con la desclasificación de numerosos documentos. No obstante, la persistencia de "zonas oscuras", concentradas sobre todo en el ámbito de los servicios de Inteligencia y el FBI., continuará previsiblemente dando lugar a numerosos conflictos. La L.L.I. no es la panacea universal para el logro del Gobierno abierto, pero su práctica aplicativa representa ya, sin lugar a dudas, un referente importantísimo emplazable en el haber de los sistemas democráticos.

O Habeas-Dara No Sistema Jurídico Brasileiro

Dalmo De Abreu Dallari

1. Preliminares do habeas-data

O habeas-data é um tema novo no direito brasileiro. Sua origem está ligada às circunstâncias políticas estabelecidas com um golpe militar em 1964 e alteradas com a busca de restauração democrática através de uma nova Constituição, nos anos de 1987 e 1988. Na realidade, o habeas-data não tem tradição no sistema jurídico brasileiro, tendo aparecido pela primeira vez na Constituição de 1988, o que, de certo modo, facilita o trabalho dos pesquisadores, pois não existem trabalhos teóricos nem legislação ou jurisprudências anteriores a essa data. Por outro lado, entretanto, como toda inovação, depende ainda do amadurecimento que só será obtido mediante a aplicação a casos concretos. No caso do habeas-data brasileiro, é importante acrescentar que há também a necessidade de que sejam superados os fatores políticos que põem obstáculos à sua utilização. A partir daí deverá ocorrer a construção de uma doutrina, o que só será possível quando, através da jurisprudência, forem revelados os pontos duvidosos e se fizer a construção do conceito, considerando os princípios e as normas fundamentais do sistema jurídico.

É importante registrar que antes da assembléia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 nunca houve referência ao tema em obras doutrinárias brasileiras, não se conhecendo, também, qualquer proposta no sentido da criação de uma garantia constitucional dessa espécie antes de instalada a constituinte. Por esse motivo, na bibliografia jurídica brasileira não existem trabalhos de natureza teórica, prévios à Constituição, dedicados ao tema do habeas-data ou dizendo algo a

respeito de sua natureza, seu alcance e suas peculiaridades. E mesmo depois da vigência da Constituição, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, muito pouco foi escrito sobre o assunto. Em parte porque decorreu muito pouco tempo desde 1988 e dentro desse período outros temas ganharam mais relevância prática e por isso mereceram mais atenção dos constitucionalistas.

Mas, provavelmente, o motivo principal para a inexistência de uma contribuição teórica relevante seja, precisamente, a reduzida importância prática que se tem dado ao habeas-data, o que pode parecer surpreendente ao estudioso que não conheça a história recente do Brasil e a realidade política posterior a 1988. Para compreensão das peculiaridades do habeas-data brasileiro e das circunstâncias que o tornaram menos importante do que se poderia supor, é necessário ter em conta alguns fatos e algumas circunstâncias do sistema jurídico e da realidade política brasileira. Será necessário ter em conta, também, a situação paradoxal do Brasil nesse período, quanto ao sistema legal e à garantia dos direitos.

O Brasil sofreu um golpe militar em 1964 e a partir desse ano teve vários governos militares, estabelecidos à margem da ordem constitucional. Nesse período houve quatro presidentes da República, todos generais do exército e designados para a presidência pelas forças armadas, tendo havido um breve período, entre o segundo e o terceiro desses presidentes, em que o governo foi exercido por uma junta militar. Dado o golpe de Estado e instalado um governo militar em 1o. de abril de 1964, foi publicado um Ato Institucional, segundo o qual continuaria em vigor a Constituição de 1946, mas com as limitações e restrições constantes do Ato Institucional, além de outras que fossem impostas pelo governo militar.

No ano de 1967 foi publicada nova Constituição, revogando-se formalmente a de 1946, mas os Atos Institucionais, complementados por outros atos normativos de origem militar chamados Atos Complementares, continuaram a ter precedência sobre a Constituição. Dois anos depois, em 1969, por motivo de uma dissidência entre os militares assumiu o governo uma Junta Militar, que teve curta duração mas que durante seu governo decretou uma nova Constituição, à qual foi dado, oficialmente, o nome de "Emenda Constitucional número 1", para criar a impressão de continuidade do sistema militar. Evidentemente, nem o texto de 1967 nem o de 1969 tinham qualquer

autenticidade como Constituições ou como emendas constitucionais, pois ambos foram feitos arbitrariamente, sem a mínima participação do povo.

Durante o período dos governos militares, foi estabelecido e amplamente utilizado um sistema de informações sigilosas, tendo na cúpula o Serviço Nacional de Informações. Utilizou-se a tortura, a escuta telefônica, a corrupção, a falsificação de dados e de documentos e outros meios imorais e ilegais, para criar uma imagem negativa dos adversários do regime e para tentar justificar os assassinatos, as punições arbitrárias, as cassações e restricões de direitos, bem como a prática de violências e de corrupção pelos governantes e por seus aliados. Desse modo, foi construído um amplo registro de dados, quase todos falsos ou mentirosos.

Esses dados, sem nenhuma confiabilidade, foram muitas vezes utilizados para divulgações pela imprensa ou mesmo para servir de base a processos administrativos ou judiciais. E nem as pessoas que figuravam nesses registros nem seus defensores legais, como também nem os juízes e tribunais, tinham acesso ao banco de dados, que era considerado sigiloso "por motivo de segurança nacional".

2. O habeas-data na Constituição brasileira

É bem fácil imaginar quanta infâmia, quantas injustiças, quantos atos de vingança pessoal, quanta busca de satisfação de interesses pessoais, quantos pretextos para a prática de violências e de resistência reacionária, quanta imoralidade e ilegalidade teve por único fundamento aquele banco de dados. É perfeitamente compreensível, portanto, que no momento em que surgiu a possibilidade de restauração da proteção judicial dos direitos tenha sido imaginada a criação de um instrumento especial para a quebra do sigilo dos dados existentes em mãos das autoridades de "segurança" e para a correção dos erros e das falsidades constantes de qualquer registro público ou em banco de dados passível de utilização para restringir, alterar ou eliminar direitos.

É importante assinalar que o direito à informação, em sentido amplo, já era reconhecido no direito brasileiro. O que se tinha assegurado era o direito de obter informações que tivessem alguma relação com os direitos de uma pessoa, podendo esta solicitar tais informações para a

finalidade genérica de "defesa de direitos". Em caso de negativa, o interessado poderia recorrer às vias judiciais, através do mandado de segurança, existente no direito brasileiro desde a Constituição de 1934.

Ressalve-se, porém, que o juiz poderia -e continua podendo, pela Constituição de 1988- conceder mandado de segurança contra "ato ilegal de autoridade" que ofenda "direito líqüido e certo" do interessado. Como não se tinha vivido, ainda, uma situação em que a utilização maliciosa de dados contra os direitos dos cidadãos tivesse assumido as proporções trágicas verificadas depois de 1964, o problema se limitava a casos particulares. A par disso, como os registros policiais atingiam, quase sem exceção, a população pobre, incapaz de mobilizar a opinião pública, tinha-se como pacífico que tais registros deveriam ser sigilosos e, por esse motivo, não seria ilegal o ato de autoridade sonegando uma informação. E jamais se considerou grave, do ponto de vista político ou social, que tais registros contivessem informações falsas ou imprecisas.

Assim, pois, os antecedentes relativos ao direito à informação não haviam suscitado a necessidade de criação de um instrumento especial de proteção. E outros aspectos, novíssimos, relacionados com a informática e a mais moderna tecnologia de informações, passaram a ser considerados sob um ângulo próprio. Embora também possam afetar direitos da cidadania, são direitos reconhecidos e protegidos num ambiente de normalidade institucional e estão longe de assumir as dimensões dramáticas da utilização de dados para objetivos políticos num sistema ditatorial.

Considerando esses aspectos, a Constituição brasileira de 1988 incluiu entre os direitos e as garantias fundamentais, previstos no artigo 5o., o direito à informação, mas é muito significativo que tenha dado a ele um tratamento diferente daquele que foi reservado especificamente aos dados que inspiraram a criação do habeas-data. Com efeito, este foi objeto de um inciso próprio, o de número LXXII, de que se tratará mais adiante. O direito genérico à informação está previsto no inciso XXXIII do artigo 5o., que tem a seguinte redação:

"Todos têm direito de receber de órgãos públicos, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, as quais serão fornecidas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado".

Pode-se dizer que, embora se inclua também entre os direitos individuais, o direito à informação assumiu, no Brasil, muito mais as características de direito da coletividade, tendo, por tal motivo, meios próprios de proteção relacionados com essa concepção. Um ponto expressivo é que, quanto a esse direito à informação, a Constituição ressalvou expressamente a hipótese de sigilo por motivo de segurança, o que não ocorreu quanto às informações que podem ser objeto do habeas-data. Ao lado de tudo isso, fica bem evidente que o legislador constituinte quis dar tratamento diferenciado às informações, de modo geral, as quais podem ser de interesse individual ou coletivo sem se referirem a dados pessoais, e àquelas outras relativas a determinadas pessoas.

Tendo em conta todos os elementos já mencionados, sobre sua origem e suas peculiaridades, pode-se afirmar que o habeas-data foi criado no Brasil durante a elaboração da Constituição de 1988, tendo sido inspirado na recente utilização, por autoridades públicas, de dados inteiramente falsos ou contendo erros, visando fins políticos e com grave prejuízo de direitos individuais.

Quanto à finalidade do habeas-data, de acordo com o que ficou expressamente estabelecido pode-se concluir que, em síntese, ele foi criado com dois objetivos, que constam do enunciado do artigo 5o., inciso LXXII, da Constituição:

"a. assegurar o conhecimento das informações relativas à pessoa do solicitante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

"b. para a retificação de dados, quando o interessado não prefira fazê-lo por meio de processo sigiloso, judicial ou administrativo".

São essas as normas constitucionais que interessam para o exame do habeas-data na concepção brasileira. Através delas pode-se ver com clareza que o habeas-data foi criado com objetivos próprios, diferentes daqueles que inspiraram os meios de garantia do direito à informação, genericamente considerado. As particularidades da redação do inciso constitucional referente ao habeas-data estão ligadas à sua origem, o que é fundamental que se tenha em conta na interpretação e aplicação desse dispositivo Será oportuno, agora, verificar o que dizem os doutrinadores e qual a orientação da jurisprudência, para mais completo conhecimento do assunto.

3. O paradoxo do habeas-data: garantia para o passado

Como já foi assinalado, o habeas-data é novo no Brasil, em todos os sentidos. Por esse motivo é pequena a produção doutrinária sobre ele, não tendo sido publicada, até agora, uma obra dedicada exclusivamente a esse tema. O que se encontra são informações e breves comentários sobre o habeas-data em trabalhos que se referem às garantias constitucionais de modo geral.

Pode-se dizer, sem temor de erro, que isso se deve ao fato de que não é grande o interesse dos juristas brasileiros pelo habeas-data. Os autores que escrevem sobre garantias constitucionais não deixam de mencioná-lo, porque ele está expressamente previsto na Constituição, mas ninguém o considera da mesma importância prática do habeas-corpus ou do mandado de segurança. Na realidade, a utilização do habeas-data tem sido muito menor do que a esperada por seus criadores e pelos que trabalharam em defesa dos perseguidos políticos, o que demonstra que também por parte do povo, de modo geral, o interesse por essa garantia não é grande. Sobre isso é oportuno tecer algumas considerações.

A primeira razão do pequeno interesse pelo habeas-data é o fato de ter sido superada a situação política que inspirou sua criação. Com efeito, numa circunstância em que as informações sigilosas eram intensamente utilizadas para negar direitos e justificar arbitrariedades havia enorme interesse na possibilidade de quebra do sigilo e na obtenção de informações sobre os dados registrados. Não existindo mais a situação em que as autoridades usavam dados falsos ou incorretos sem que houvesse a mínima possibilidade de que isso pudesse acarretar sua punição, aquelas mesmas pessoas que praticavam as violências e arbitrariedades passaram a agir com mais cautela, reduzindo-se substancialmente o uso de dados mentirosos.

A par disso, os que poderiam ser vítimas de novas falsidades sabem que agora contam com a proteção da lei e do Poder Judiciário, além do que, muitos dos que ontem foram vítimas hoje estão no governo. Assim, não havendo a perspectiva de serem novamente prejudicados pela utilização de dados falsos não há interesse em saber o que consta dos registros. Acrescente-se, ainda, o fato de que muitos dos antigos registros foram destruídos pelos que os utilizavam, justamente para não serem responsabilizados após a restauração da normalidade jurídica.

Tudo isso torna de pouco interesse o acesso aos bancos de dados pessoais que foram utilizados para simulação de provas e para acobertar ilegalidades e que, teoricamente, alguém poderia tentar utilizar outra vez. Acrescente-se, afinal, que uma lei de anistia aprovada no final dos governos militares deixou livres de punição os que praticaram essas e outras arbitrariedades. E as vítimas, que sabem da impossibilidade de punir por via legal esses delinqüentes militares e civis, não querem viver em função de circunstâncias passadas e por isso a maioria nem procurou saber o que constava a seu respeito nos organismos que, ironicamente, eram identificados como "de segurança".

Quanto às razões prováveis para a pequena utilização do habeas-data, uma palavra deve ser dita a respeito da timidez, ou coisa bem pior do que isso, dos tribunais superiores. Como se verá mais adiante, quando se cuidar da jurisprudência, a orientação dos tribunais contribuiu muito para o esvaziamento do habeas-data, assim como foi feito com o mandado de injunção, outra garantia constitucional criada em 1988 e praticamente anulada pelos órgãos superiores do Poder Judiciário. Os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm-se mostrado muito resistentes à ampliação da proteção dos direitos fundamentais, em grande parte pelo excessivo conservadorismo de muitos de seus membros, mas também pela circunstância de que muitos deles foram levados aos tribunais pelos governos militares, exatamente porque aceitavam com docilidade, ou mesmo com entusiasmo, as ações arbitrárias.

Aí está, afinal, o grande paradoxo do habeas-data. Ele teria sido de excepcional utilidade naqueles anos em que a violência e a corrupção se valiam amplamente de dados falsos para anular ou restringir direitos e para demolir reputações. Mas, certamente, se já existisse anteriormente o habeas-data ele teria sido suspenso pelos militares, que haviam usurpado o governo e agiam arbitrariamente segundo suas próprias regras, não admitindo que suas "verdades" fossem contestadas. Foi precisamente isso que fizeram com o habeas-corpus, para impedir a soltura ou até a simples defesa de presos políticos vítimas de violência arbitrária.

Isso justifica o temor, quase a certeza, de que se ocorrer um novo golpe de Estado o habeas-data não poderá ser utilizado, o que o torna inútil nos momentos em que prevalece a arbitrariedade e a utilização de dados falsos se torna prática rotineira.

4. O habeas-data na doutrina e na jurisprudência brasileiras

Os doutrinadores brasileiros são unânimes em aceitar que não havia necessidade de uma lei complementar ou ordinária, nem de normas regulamentares, para aplicação dos dispositivos constitucionais relativos ao habeas-data. Isso porque a Constituição estabelece, no parágrafo 1o. do artigo 5o., que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Entretanto, embora exista unanimidade relativamente a esse ponto, não se verifica a mesma unanimidade quanto a alguns aspectos particulares de grande importância prática.

Ideal seria que no futuro, quando houvesse mais experiência no uso do instituto e quando a jurisprudência tivesse avançado, fosse feita uma lei eliminando as dúvidas sobre os pontos que poderiam suscitar controvérsias. Isso foi feito, há meio século, com relação ao mandado de segurança e, em princípio, não trouxe prejuízos e foi benéfico para a utilização mais uniforme da garantia constitucional. Entretanto, algumas alterações na lei relativa ao mandado de segurança restringiram seu alcance, em situações de interesse do governo, o que deveria servir de alerta para que não se fizesse o mesmo com o habeas-data, sob pretexto de facilitar sua aplicação.

Desinteresse generalizado pelo habeas-data facilitou o assalto dos que se valeram das informações sigilosas como arma política, no último período ditatorial, e que, certamente, esperam fazer ainda tal utilização no futuro. Assim, no final de 1997, sem um alerta dos políticos ou da imprensa, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República uma lei regulamentando o uso do habeas-data. Essa lei, de número 9507, datada de 12 de novembro de 1997, contém redação maliciosa, que poderá ser usada para restringir o alcance do habeas-data, além de não ter esclarecido as principais dúvidas já suscitadas.

O ponto claramente malicioso está no artigo 1o da lei, que no projeto constava como parágrafo único desse artigo, estabeleceu que se consideram de caráter público, e portanto sujeitas ao habeas-data, as informações "que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações". Pode-se considerar hipócrita ou cínica essa ressalva, pois os órgãos "de segurança" ou policiais sempre dirão que as informações constantes de seus registros são para

seu "uso privativo", pois além de se ter aí uma expressão muito vaga e ambígua, foram esses órgãos que praticaram muitas violências escudados em informações falsas. Desse modo, a lei regulamentadora restringiu o alcance do habeas-data e não deu qualquer contribuição para o esclarecimento das dúvidas mais relevantes manifestadas por doutrinadores e juízes.

As principais dúvidas e controvérsias relativamente à interpretação e aplicação do inciso LXXII, do artigo 5o. da Constituição, que trata do habeas-data, podem ser assim resumidas:

a. Quem pode utilizar o habeas-data ? O direito de ação cabe exclusivamente à pessoa a quem se referem os dados ou pode ser exercido por alguém que a represente ?

Nos termos da Constituição, será concedido o habeas-data para assegurar o conhecimento de informações "relativas à pessoa do impetrante". Não existe, propriamente, uma discussão a respeito desse ponto, mas a controvérsia surgiu a partir da afirmação textual de José Afonso da Silva de que o habeas-data é um direito personalíssimo, que "morre com o titular" (Curso de Direito Constitucional Positivo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pp. 391/2).

Hoje se tem conhecimento seguro de que muitos presos políticos foram assassinados nas prisões, por torturadores militares e civis. Na época em que foram mortos as autoridades distribuíram notas à imprensa informando que se tratava de suicídio ou de morte num confronto armado entre grupos subversivos e agentes da segurança ou mesmo num confronto entre grupos subversivos rivais. Em quase todos os casos as vítimas da repressão eram apresentadas como terroristas e assassinos impiedosos, afirmando-se que nos arquivos dos organismos de segurança havia provas das circunstâncias da morte e de que o morto era, realmente, um criminoso feroz.

Houve casos em que familiares dos presos assassinados -inclusive a mãe de um deles- impetraram o habeas-data, invocando sua condição legal de sucessores e de guardiães legítimos da memória do falecido. Pretendiam ter acesso aos dados relativos à data, ao local e às demais particularidades da morte, bem como aos dados relativos às atividades do morto, que as autoridades afirmaram ser comprovadamente um criminoso. Nesses casos não chegou a haver julgamento, porque o tri-

bunal se recusou a considerar o pedido e o rejeitou liminarmente, por entender que o habeas-data é direito personalíssimo, que, como escreveu José Afonso da Silva, morreu com o titular

Em face dessa orientação dos tribunais, reiterada em vários casos, os familiares das vítimas assassinadas deixaram de ingressar em juízo com pedido de habeas-data. Esse é um dos exemplos de esvaziamento do instituto pelos tribunais. É possível que uma discussão doutrinária acabe influindo para mudar a orientação do judiciário, mas a falta de interesse pelo habeas-data, anteriormente referida, vem adiando essa discussão.

b. Existe necessidade de um pedido prévio de acesso aos dados pelas vias administrativas ou o interessado pode ir diretamente ao Judiciário, por meio do habeas-data?

A respeito da necessidade de tentar, previamente, obter os dados pela via administrativa e só em caso de resistência impetrar o habeas-data, a opinião praticamente unânime dos doutrinadores é no sentido de que não existe essa necessidade, podendo o interessado ingressar diretamente no Judiciário. Entretanto, a jurisprudência firmou-se em sentido contrário, como se verá em seguida, e a recente lei regulamentadora do habeas-data praticamente encampou a orientação jurisprudencial predominante. Entretanto, pela relevância desse ponto e para mais completo conhecimento do assunto, será interessante reproduzir a polêmica.

Entre os trabalhos doutrinários que fazem referência ao habeas-data merece especial atenção o livro Tutela Constitucional das Liberdades, de Vicente Grecco Filho (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989). Embora não tenha feito um estudo aprofundado e exaustivo do habeas-data, o autor, que é especialista em Direito Processual Civil, enfocou objetivamente os pontos principais. Quanto à questão ora em exame, afirma Grecco que "a impetração (do habeas-data) não depende de prévio pedido administrativo". E acrescenta que "mesmo no caso de retificação de dados prevista na alínea b do dispositivo constitucional, a providência prévia administrativa é facultativa, ou seja, o interessado poderá, se quiser, pedir previamente à Administração Pública a retificação de dados, se já tiver conhecimento da existência de erros. Mas mesmo nesse caso poderá ir diretamente ao Judiciário, se preferir esta via.

A necessidade ou não de prévia utilização da via administrativa foi amplamente discutida no habeas-data impetrado em 1989 perante o Superior Tribunal de Justiça pelo ex-deputado Airton Esteves Soares, que na condição de advogado tinha sido um dos mais ativos defensores de presos políticos e queria saber o que constava, a seu respeito, nos registros do Serviço Nacional de Informações (SNI). A resistência da Administração Pública em prestar as informações ficou bem evidenciada, nesse caso, no parecer do Consultor Geral da República, que, manifestando-se no processo do habeas-data a respeito do pedido do interessado, disse, entre outras coisas, o seguinte: "A revelação (*disclosure*) dos dados pessoais existentes nos registros desse órgão será possível, a juízo do Ministro-Chefe do Serviço Nacional de Informações, se o ato não se revestir de potencialidade danosa de valor político-jurídico posto sob cláusula constitucional de reserva: a segurança da sociedade e do Estado".

Com base nesse parecer, o Ministro Ilmar Galvão, que participou do julgamento e foi voto vencido, considerou "fora de dúvida, não apenas que a autoridade impetrada só irá fornecer ao requerente os dados que entender conveniente fazê-lo, mas também que não se sentirá obrigada a declarar se outros existem, sejam sigilosos, sejam não sigilosos. Desenganadamente, como indica o bom-senso, silenciará a respeito, deixando o interessado na ignorância dos ditos fatos e, mais ainda, impossibilitado de demonstrar o seu interesse de agir, e, conseqüentemente, de propor qualquer ação".

Essa foi uma excelente oportunidade, para o Poder Judiciário mostrar sua independência e deixar afirmado para as autoridades do setor de segurança que a situação do país havia mudado e que as garantias constitucionais eram efetivas. Bem ao contrário disso, nesse e em outros casos os tribunais superiores mostraram grande timidez e deram seu aval para que autoridades policiais continuassem a decidir arbitrariamente, acobertando as falsificações e os erros propositais ou involuntários contidos nos registros de dados. Com efeito, apesar da clara advertência do Ministro Ilmar Galvão quanto à má fé da autoridade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a seguinte orientação jurisprudencial:

"Habeas-data. Conhecimento. O habeas-data é ação constitucional. Submete-se, por isso, às respectivas condições, entre as quais o interesse de agir. Processualmente, significa necessidade de ingresso em juízo,

dada a resistência da contraparte. Faltará, entretanto, essa condição, se quem deveria prestar as informações ou promover a retificação de dados não as negou, porque nada lhe fora requerido. Inexiste, pois, lesão ao direito do impetrante" (Decisão por maioria de votos, de 13 de junho de 1989, no Processo de habeas-data número 4-DF - Revista Sup.Trib.Just., Brasília, 2(16):25-56, dez.1990).

Para os advogados brasileiros, de modo geral, não foi supresa essa atitude da maioria dos membros do Superior Tribunal de Justiça, pois esse e outros tribunais superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm tradição de se apegarem a formalidades processuais, decidindo questões preliminares de tal modo que não seja necessária uma decisão sobre o mérito, sempre que o caso contenha graves implicações políticas. No caso do habeas-data essa é a jurisprudência predominante: os tribunais exigem que o interessado, previamente, solicite os dados à autoridade administrativa, embora se saiba que esta irá alegar necessidade de sigilo, ou então fornecerá informações incompletas ou, simplesmente, dirá que o pedido não é claro quanto aos dados desejados. E qualquer dessas alegações tem sido aceita pelos tribunais como razão suficiente para que os dados não sejam fornecidos, o que permite afirmar, sem exagero, que o Poder Judiciário é fortemente responsável pelo esvaziamento do habeas-data.

A lei número 9507, de 12 de novembro de 1997, regulamentadora do habeas-data, tomou posição sobre esse aspecto, estabelecendo que a petição inicial do habeas-data deverá ser instruída com a prova da recusa de fornecimento da informação, ou, se for o caso, da recusa de fazer a retificação ou anotação. Assim dispondo, a lei consagrou a via mais difícil para os interessados, pois a prova da recusa só poderá ser feita se for tentada previamente a via administrativa, o que poderá significar embaraços e retardamento, além de ser de duvidosa constitucionalidade essa exigência posta por lei ordinária.

c. A alegação de necessidade ou conveniência de manter em sigilo os dados solicitados, feita pela autoridade administrativa, é justificativa suficiente para que seja negado o habeas-data ?

Como já foi anteriormente assinalado, o que inspirou a criação do habeas-data foi o forte desejo de ter acesso aos registros de dados dos organismos ditos "de segurança", para desmascarar a fabricação e

utilização de dados falsos, utilizados de muitas formas contra os opositores do regime antidemocrático. Por motivos óbvios, aqueles registros eram classificados como sigilosos, para que as falsidades não fossem denunciadas e para que se mantivesse a imagem de registros muito completos, rigorosos e honestos.

Com a restauração da normalidade constitucional e a criação do habeas-data, as vítimas, concretas ou potenciais, da utilização de dados falsos pensaram que já não coubesse a alegação de sigilo. Entretanto, através de várias manifestações de autoridades administrativas ligadas aos organismos de segurança, sobretudo militares, ficou evidente que o problema não estava superado, pois a alegação de sigilo, que antes era feita sob pretexto de "segurança nacional", continuou a ser usada, agora sob pretexto de segurança da sociedade e do Estado, para casos em que não cabe essa ressalva.

Por esse motivo vários doutrinadores que escreveram sobre o habeas-data dedicaram atenção ao problema. Um ponto importante, na consideração do problema do sigilo, é a distinção, que tem base no texto constitucional, entre o direito à informação, de interesse individual ou coletivo, previsto no inciso XXXIII do artigo 5o. da Constituição, e o direito a informações pessoais, protegido pelos habeas-data, estabelecido no inciso LXXII do mesmo artigo.

Quanto ao primeiro desses direitos, o de caráter geral, diz a Constituição que ficam "ressalvadas aquelas (informações) cujo sigilo possa ser imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". Embora nem toda informação de interesse individual ou coletivo seja de caráter sigiloso, as autoridades policiais e militares têm o vício do sigilo, provavelmente por julgarem que isso dá maior prestígio às suas atribuições, mas também porque isso ajuda a esconder suas arbitrariedades e sua corrupção. Assim, consideram que tudo o que fazem é sigiloso, o que muitas vezes poderá levar à negativa da informação sem justificativa. Nesse caso o meio judicial para solução do problema será o mandado de segurança, cabendo ao Judiciário avaliar o pedido e a razão invocada pela autoridade para a ocultação do dado solicitado.

Quando se tratar do direito a informações pessoais, previsto no inciso LXXII, não cabe a invocação do sigilo e o interessado pode usar o habeas-data para que a autoridade administrativa seja obrigada a fornecer os dados. A distinção entre as duas hipóteses constitucionais de direito à informação é feita com muita clareza por Vicente Grecco Filho,

com estas palavras: "O direito às informações sobre a própria pessoa é incondicionado, não se aplicando, portanto, a ressalva do sigilo prevista no inciso XXXIII. O sigilo a que se refere este último dispositivo é cabível em se tratando de informações objetivas, cuja divulgação possa comprometer a segurança da sociedade ou do Estado, mas em nenhuma hipótese pode ser negada informação pessoal para o próprio requerente"(*ob. cit.*, pág.175).

No mesmo sentido é o ensinamento de Michel Temer, que afirma incisivamente: "Todos os dados referentes ao impetrante (do habeas-data) devem ser fornecidos. Não valerá, na hipótese de habeas-data, a alegação do sigilo em nome da segurança do Estado. No preceito referente ao habeas-data não se verifica essa restrição (do inciso XXXIII). Não há como, em matéria de direito individual, uitilizar-se de interpretação restritiva" (Elementos de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pág. 212). Opinião semelhante é manifestada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, embora aceite sem ressalvas o sigilo de dados de caráter geral, também distingue claramente as duas hipóteses: "As informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas (inciso XXXIII do artigo 5o.) são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão-somente. Aquelas que se pretendem obter mediante a impetração do habeas-data (inciso LXXII) dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo em relação a ele" (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, 1989).

Na realidade, a Constituição tratou de modo diferente as duas hipótese de direito à informação, o que se pode verificar claramente pela simples leitura dos incisos XXXIII e LXXII do artigo 5o.. No primeiro caso, relativo a informações de caráter geral, está expressamente prevista a hipótese de sigilo, mas apenas quando este for indispensável para a segurança da sociedade ou do Estado. No segundo caso, referente a dados pessoais, não existe a ressalva do sigilo para o fornecimento de dados ao interessado. A única menção a sigilo feita nesse inciso é encontrada na letra b, apenas para estabelecer que o interessado pode preferir que a retificação de dados seja feita por processo sigiloso, quando quiser evitar a publicidade. Mas a autoridade não pode negar as informações ao interessado nem pode determinar o sigilo no processo de retificação.

Apesar dessa clareza, a jurisprudência vai em sentido contrário e não é firme, deixando dúvidas quanto às hipóteses em que a informação poderá ser negada com base no sigilo. Decidindo um pedido de habeas-data, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não tomou conhecimento do pedido porque a interessada não tinha tentado obter os dados previamente, por via administrativa, o que prejudicava o pedido por "ausência do interesse de agir", segundo a conclusão do Tribunal.

Além desse erro evidente -porque o interesse de agir não depende de pedido prévio à autoridade administrativa, sendo suficiente o desejo de obter os dados-, um dos argumentos do relator do processo, para fundamentar seu voto, apoiado pela maioria, foi o seguinte: "Frente à cláusula do "sigilo" (art.5o., XXXIII, C.F.), por indeclinável submissão ao interesse público (segurança da sociedade e do Estado), não é absoluto o direito de acesso às informações. Compete ao Judiciário examinar a alegação do "sigilo", avaliando de sua procedência ou não, compatibilizando a segurança do Estado com o direito à revelação das informações pretendidas" (decisão de 2 de fevereiro de 1989, no processo de habeas-data número 001-DF; Rev. do Sup. Trib. Just., Brasília, 2(16):25-56,dez.1990). Como é óbvio, não tinha qualquer cabimento a referência ao inciso XXXIII, pois o habeas-data é previsto no inciso LXXII, o que deixa patente que a referência ao sigilo foi mero pretexto para desencorajar o uso do habeas-data.

Outra decisão contendo a mesma impropriedade foi tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 23 de junho de 1993. Os dados dessa decisão foram assim resumidos pelo próprio Tribunal: "Habeas-data - Informações sigilosas - Interesse Público - Candidato a magistrado - Investigação sobre aspecto da vida moral e social - Inviolabilidade - Inteligência do art.5o., XXXIII, da Constituição Federal - Denegação - Denega-se a ordem de habeas-data, quando for impetrado por candidato a concurso de Magistrado, objetivando o acesso deste às informações colhidas sobre sua pessoa, em processo de investigação acerca dos aspectos da vida social e moral do mesmo, uma vez que tais informações são requisitadas por força de lei, com garantia de inviolabilidade, cuidando-se, portanto, de situação excepcional, que autoriza o sigilo da administração, para atender ao interesse público, consoante ressalva contida no art.5o., XXXIII, da Constituição Federal" (Minas Gerais II 14.06.94, p 01 - ementa oficial).

Como é evidente, não cabia, também nesse caso, a invocação do inciso XXXIII, pois ele não se aplica ao habeas-data. Além disso, a informação obtida pelo Tribunal e que impedia o interessado de candidatar-se ao ingresso na magistratura podia ser errada ou falsa. Por esse motivo, o Tribunal poderia manter sigilo sobre a fonte de informações mas deveria ter dado a informação ao interessado, para que este pudesse defender-se, se fosse o caso. A alegação imprópria do sigilo ofendeu o direito à informação sobre dados do próprio interessado, assegurada pelo inciso LXXII do art.5o., referente ao habeas-data. A par disso, impediu o exercício do direito de defesa, não dando ao interessado a possibilidade de esclarecer os dados e, eventualmente, de se defender de acusações injustas. E asim o interessado ficou impedido de ingressar na magistratura por motivo que não se ficou sabendo se era verdadeiro. Também nesse caso o Tribunal mostrou despreparo ou pouca disposição para dar efetivade à garantia do constitucional do habeas-data.

Como ficou demonstrado, os doutrinadores brasileiros receberam bem o habeas-data e compreenderam seu alcance, como instrumento para garantir a obtenção de dados de caráter pessoal. Mas os Tribunais parece que não conseguiram perceber a distinção feita pela Constituição entre os dados de caráter geral, que, eventualmente, podem ficar sujeitos ao sigilo, e os dados de caráter pessoal, que jamais poderão ser negados ao próprio interessado, não admitindo a alegação da necessidade de sigilo. Por essa incompreensão, ou, talvez, pela intenção de dar apoio aos organismos de segurança, a jurisprudência não tem sido favorável ao habeas-data.

Para que fique clara a inconsistência da orientação que ainda predomina na jurisprudência, relativamente ao sigilo como fundamento para negar o habeas-data, basta lembrar que se trata da garantia de obtenção de dados sobre a própria pessoa e considerar duas hipóteses. Se os dados que constam dos registros forem verdadeiros, o interessado já terá conhecimento deles e portanto, em relação ao interessado, não há sigilo que possa ser guardado ou quebrado. Se os dados forem falsos ou contiverem erros, não interessa ao Estado ou à sociedade manter a falsidade ou o erro, interessando mais, em sentido contrário, a correção dos dados. Com o passar do tempo e a atenuação dos fatores políticos, bem como com o esclarecimento a respeito do verdadeiro sentido do habeas-data, é provável que a alegação de sigilo perca a influência que

tem agora e o habeas-data possa ter eficácia como garantia constitucional.

A respeito desse ponto, pode-se dizer que a lei número 9507, de 12 de novembro de 1997, em nada contribuiu para esclarecimento do assunto. Mais grave do que isso, essa lei criou uma nova possibilidade de dúvida e controvérsia, pois não acolheu nem rejeitou a hipótese de alegação de sigilo necessário ou conveniente, silenciando quanto ao sigilo. E criou a possibilidade de negativa da informação sob pretexto de se tratar de registro de dados para uso privativo do órgão que o mantém.

5. O habeas-data brasileiro: finalidade específica e eficácia futura

O habeas-data, na concepção brasileira, é garantia constitucional destinada a assegurar a uma pessoa o acesso aos dados que sobre ela constem nos registros públicos ou de natureza pública. Em decorrência das circunstâncias políticas que levaram à criação do habeas-data como garantia constitucional, sua utilização ainda é restrita, em grande parte porque os tribunais superiores não asseguram sua eficácia e, pelo contrário, contribuem para desencorajar o seu uso.

Embora a doutrina seja escassa e a jurisprudência não contribua para qualquer esclarecimento ou avanço, alguns pontos já podem ser considerados pacíficos, relativamente ao habeas-data. Em primeiro lugar, ele não se destina a assegurar, genericamente, o direito à informação ou o direito à intimidade, como ocorre em vários países da América Latina que também introduziram, recentemente, o habeas-data em seus respectivos sistemas jurídicos. No caso do Brasil, a finalidade específica do habeas-data é garantir que uma pessoa tenha acesso aos dados que, a seu respeito, constem de bancos de dados que sejam públicos ou de natureza pública. Esses dados não podem ser negados ao interessado, sob alegação da conveniência de manter sigilo, mas a jurisprudência é vacilante, ou mesmo resistente, a esse respeito, fazendo confusão entre os dados de caráter geral, eventualmente sujeitos ao sigilo, e os dados de natureza pessoal, que para a própria pessoa nunca poderão ser considerados sigilosos.

A eficácia plena da garantia do habeas-data ainda não foi atingida no Brasil, em parte por influência das circunstâncias políticas que

inspiraram a criação dessa garantia constitucional, sobretudo porque sua utilização suscita a idéia de confronto com os organismos militares e civis de segurança. Entretanto, apesar da pobreza doutrinária e do esvaziamento jurisprudencial, o habeas-data tem um potencial ainda não explorado, no sentido da proteção das pessoas quanto à utilização de informações existentes em bancos de dados e não relacionadas com atividades políticas. Assim, por exemplo, existe no Brasil um Serviço de Proteção ao Crédito, que embora não seja público pode ser considerado de natureza pública, pela abrangência dos dados e por sua influência sobre toda a população. É provável que dentro de pouco tempo se comece a utilizar o habeas-data para saber que dados constam desse registro e para eventuais correções. Em casos como esse o habeas-data terá pleno cabimento e será, efetivamente, uma garantia para direitos individuais.

Como conclusão final, pode-se dizer que o habeas-data brasileiro não obteve ainda a plenitude da eficácia que devem ter as garantias constitucionais. Mas, assim como aconteceu antes no Brasil com o habeas-corpus e o mandado de segurança, a experiência, o desenvolvimento doutrinário e a melhor jurisprudência deverão proporcionar o amadurecimento do instituto, com a eliminação das dúvidas e o conhecimento seguro de suas peculiaridades. E daí decorrerá sua consolidação como garantia constitucional dotada de plena eficácia.

Referência Bibliográfica

DALLARI, Dalmo de Abreu
1995 "Os direitos fundamentais na Constituição brasileira", In **Revista da Faculdade de Direito da Univ. de São Paulo**, pp. 421-437.

FERRAZ JR., **Tércio Sampaio**
1990 **Interpretação e estudos da Constituição de 1988**, Atlas, São Paulo.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves
1989 **Curso de Direito Constitucional**, Saraiva, São Paulo.

GRECCO FILHO, Vicente
1989 **Tutela Constitucional das Liberdades**, Ed.Revista dos Tribunais, São Paulo.

SILVA, José Afonso da
1989 **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Ed.Revista dos Tribunais, São Paulo.

Periódicos:

Repertório IOB de Jurisprudência - Tributário, Constitucional e Administrativo , São Paulo, publicação quinzenal.

Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, publicação mensal.

El Hábeas Data en Colombia

Eduardo Cifuentes Muñoz*

Introducción

En la República de Platón se refiere la fábula del anillo de Giges para demostrar que los "buenos lo son por su impotencia de ser justos". El antepasado del lidio Giges, pastor al servicio del Rey de Lidia, quien luego de ocurrido un terremoto que produjo una sima en el lugar donde apacentaba sus rebaños y sobrevenir otros hechos extraordinarios que omito, se apoderó de una sortija de oro. Pronto el humilde pastor descubrió los poderes singulares de la sortija: al volver la piedra hacia el interior de la mano se tornaba invisible y hacia fuera restauraba su visibilidad. Más tarde este poder será puntualmente utilizado para seducir a la reina, valerse de ella para matar al rey y apoderarse del reino. En el diálogo se invita a pensar que al entregar dos sortijas semejantes, una a persona justa y otra a persona injusta, no se producirá un comportamiento final diferente, puesto que ambos tenderán a abusar del inmenso poder.

Me interesa sólo anotar la forma cómo se describe la extensión del poder que se deriva de la sortija: "(...) hacer uso de lo ajeno, pudiendo a su antojo apoderarse en el mercado de lo que quisiera o introducirse en la casa de los demás para dar rienda suelta a sus instintos, matar y liberar a capricho, y realizar entre los hombres cosas que sólo un dios sería capaz de cumplir". Creo que la aspiración recóndita del poder absoluto en todos los tiempos no ha sido otra que la de tener la capa-

* Magistrado de la Corte Constitucional de la República de Colombia

cidad de alternar visibilidad con invisibilidad. Tampoco dudo que el mayor poder posible surge de la posibilidad de obrar en el mundo real sin ser visto por ninguno. La situación de mayor indefensión y de carencia de poder, inversamente, es aquélla en que se encuentra aquél que es visto y está en imposibilidad de saberlo, pese a que se generen consecuencias materiales que lo afectan.

La tecnología moderna está creando poderes que se aproximan a los de la sortija de Giges. Los seres reales se disuelven en múltiples datos y así se observan por otros sujetos que operan desde la penumbra con un instrumento formidable que torna visibles a los demás. La ausencia de regulación y de control a los usos de las técnicas informáticas, podría expandir ilimitadamente el dominio del Estado o de los sujetos que disponen de poder informático. Una mercancía y un saber concreto que genera un potencial inimaginable de supremacía en la esfera social, se erige en amenaza cierta para la libertad y la democracia. Por consiguiente, la tecnología por lo menos algunos aspectos de ella, no puede ser ajena a la política y al Derecho.

La respuesta del Derecho, sin embargo, no se endereza a suprimir este nuevo factor de control social. El Hábeas Data representa apenas un intento incipiente y tímido dirigido a corregir distorsiones extremas del proceso comunicativo informático. De un lado, reduce en cierto grado la invisibilidad de los gestores o titulares de bancos de datos -lo que se logra exigiendo un registro de bancos, una declaración de sus objetivos y de sus procedimientos, etc.-; de otro lado, permite a las personas, en cierta medida, adquirir consciencia de su transparencia externa y de las condiciones de la misma, pudiendo incidir en la elaboración y transmisión de formatos singulares o unidimensionales de su personalidad y de sus acciones. La diferenciación entre información sensible y no sensible, resulta esencial para determinar la extensión y los límites de los poderes informáticos.

En el fondo, el Derecho legitima el poder informático. Si bien las regulaciones cumplen la función de domesticar este elemento de la modernidad, al mismo tiempo, implícitamente, no deja de reconocerse a la técnica el despiece del sujeto en multiplicidad de datos. Así se recabe -lo que es una victoria apreciable- para la persona humana la facultad de ser consciente de su sombra informática, es evidente que el Derecho Constitucional ha tenido que ceder a su idea originaria de

sujeto en sentido "fuerte", la que comienza a presentarse en muchos ámbitos con el lastre de una pretensión utópica. Hasta el discreto encanto del anonimato, uno de los pocos dividendos de la sociedad de masas, pierde todo asomo de radicalidad en la sociedad tecnológico omnisciente, sin que el derecho pueda conservarla en su plenitud puesto que también éste imperceptiblemente ha refrendado el paradigma del ser corpuscular.

La idea de sujeto que subyace al principio de dignidad humana y a su múltiple e incesante traducción en derechos fundamentales, proviene del ideal emancipatorio de la Ilustración. Contra los reduccionismos de la ciencia, el Derecho Constitucional moderno ofrece un sujeto cuyo tejido lo lanza a un horizonte ilimitado de libertad y autorealización individual y social. A esta visión proteica se le comienza a aplicar una tasa de descuento, cuando al proceder a regular algunas aplicaciones tecnológicas en el campo de la informática, el Derecho, dentro de ciertos límites y condiciones, convalida el tratamiento informatizado del sujeto con arreglo a las exigencias funcionales de aparatos públicos y privados que sólo captan a la persona a partir de códigos y gramáticas fraccionadas.

Quiero simplemente decir que el derecho no sale indemne de su confrontación con la técnica. La regulación del Hábeas Data, positiva en términos generales e indispensable, como forma de sujetar la técnica al Derecho, ha tenido de todas formas un precio para éste que ha consentido -o se ha visto compelido a hacerlo- y justificado el tipo particular de la antropología que asume la tecnología informática, para la cual la persona humana se convierte en mero dato o conjunto de datos esparcibles y transmisibles a través de sus canales y a tenor de sus pulsaciones. Al final la regulación ha resultado funcional a la tecnología informática.

Dicho lo anterior, podrían formularse tres interrogantes:

(i) ¿Tiene algún sentido y cumple un propósito válido la consagración constitucional de un derecho como el Hábeas Data en un país en vía de desarrollo -vale decir, con índices apreciables de pobreza y reducida apelación a la tecnología-, cuando éste responde a exigencias novísimas de la protección de la dignidad humana propias de países que hacen un uso intenso y extenso de la tecnología?

(ii) ¿Así como se importa tecnología y sus manuales de uso, se habrá

introducido su correlativa traducción inconstitucional que por fuerza luce exótica y demanda explicación?

(iii) ¿Qué función específica puede satisfacer, en sociedades como la colombiana, la positivización constitucional del derecho a la autodeterminación informativa?

Resulta, por lo menos paradójico, que haya sido el Hábeas Data, recogido en la nueva Constitución de 1991, una garantía de frecuente utilización por el ciudadano ordinario en los últimos años. Más sorprendente todavía es la circunstancia de que, casi en su totalidad, los amparos concedidos por los jueces se refieran a bancos de datos organizados por particulares y versen sobre datos económicos que en otros países no se comprenden dentro de la categoría de "información sensible". No obstante la recurrente invocación del Hábeas Data, aparte del texto constitucional que lo plasma, no se ha dictado hasta la fecha ninguna ley estatutaria que lo desarrolle. Como se verá, la ley ordinaria que pretendía hacerlo, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional. Si se hace caso omiso de la norma constitucional, el Hábeas Data corresponde a un derecho típicamente pretoriano.

Podría, por ahora, intentarse dar una respuesta inicial a los interrogantes formulados, así fuese por el momento sumaria y provisional. El abuso del poder informático lamentablemente no es un privilegio de las sociedades avanzadas. También, en las menos desarrolladas, el uso del factor tecnológico, descubre sus facetas negativas y despliega su concierto de peligros y amenazas para la libertad, la identidad y la intimidad de las personas. En éstas últimas, la tecnología no pocas veces acentúa la asimetría reinante en el acceso, uso y disposición de los recursos del poder social. La frontera del control social y político aplicable a individuos y a colectivos, se fortalece y amplía enormemente cuando sólo pocas personas y grupos, gracias a la tecnología moderna, pueden hacer indiscriminado uso de la información a escala social.

Si la tecnología informativa tendencialmente exacerba desigualdades estructurales, comienza a ser ocioso preguntarse sobre la conveniencia de incorporar una herramienta jurídica enderezada a su uso correcto y en sentido humano. Así se trate de sociedades no generadoras de tecnología, sino usuarias y dependientes de los mercados de productos tecnológicos, no son ellas ajenas a los usos desviados del poder informático que lenta pero inexorablemente penetra en los distintos ámbitos de su quehacer colectivo.

Debe agregarse que en las sociedades en vía de desarrollo, el Estado acopia una masa crítica ingente de datos -susceptibles de ser tratados y discriminados a través de su poder informático- provenientes de las personas pertenecientes a los sectores más pobres de la población a los cuales progresivamente extiende servicios y otorga prestaciones. Sin duda se han acrecentado las posibilidades de manipulación de las personas e, inclusive, de sojuzgamiento político de las "clientelas electorales".

Por lo demás, los derechos y garantías fundamentales, no de ahora, sino de antiguo, tienen carácter transcultural. No es extraño, pues, que las nuevas constituciones se nutran de las últimas conquistas de la dignidad humana, esta vez realizadas y percibidas en el escenario tecnológico que es propio de las comunidades avanzadas y que cada vez, con mayor fuerza, se entroniza en el mundo entero.

1. El marco normativo

1.1. La Constitución Política

Prescribe el artículo 15° de la C.P. que "todas las personas (...) tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

1.1.1. Breve noticia sobre la adopción del texto

El Gobierno propuso a la Asamblea Nacional Constituyente un texto del siguiente tenor:

> "4. Toda persona natural o jurídica tendrá acceso a información sobre sí misma, salvo que la seguridad del Estado exija mantener la reserva, en los casos que establezca la ley. Toda persona tiene derecho a que se rectifique información falsa sobre sí misma, y a que ella no sea destinada a un fin distinto para el cual hubiere sido suministrada.

> 5. La ley reglamentará el uso de la informática y de otros avances tecnológicos para garantizar la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de otros derechos[1] ".

Según el Gobierno, la iniciativa se encontraba plenamente justificada, pues, en su sentir:

> "El cuarto apartado, establecería la posibilidad de obtener información personal, que se encuentre en archivos o base de datos. Este derecho que ha sido denominado "hábeas data", implicaría la posibilidad de ser informado acerca de los datos registrados sobre sí mismo y la facultad de corregirlos. Pretendería proteger la intimidad de las personas que se hayan visto asediadas por la creciente utilización de información personal por parte de la administración pública, de entidades financieras, educativas, profesionales u otras organizaciones privadas.
>
> Si esta información se da a conocer sin ningún tipo de restricciones, se estaría usurpando la prerrogativa personal de determinar cómo se quiere aparecer, ante quién y en qué momento. La amenaza principal que se pretende evitar con la reforma sería la de que el individuo pierda el control sobre la propia información y no sepa quien pueda hacer uso de ella.
>
> La única manera de solucionar este problema, es la de permitir única y exclusivamente a la persona natural o jurídica interesada el acceso a datos sobre sí misma, otorgándole, además la posibilidad de corregir o eliminar la información falsa. Esta facultad se restringiría sólo en el caso en que la seguridad del Estado exigiera mantener en reserva determinada información. La ley señalaría qué tipo de información se mantendría en reserva en forma temporal para que al cabo de varios años se puedan adelantar investigaciones históricas.
>
> El último apartado del artículo se refiere a la informática y a otros avances tecnológicos. Las técnicas modernas, tales como los ordenadores o sistemas de procesamiento de datos, han per-

1 Presidencia de la República. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia.**

mitido el acceso desmedido a la información personal, y representan un nuevo fenómeno que amenaza el derecho a la intimidad. Es tal su trascendencia, que ha posibilitado la creación de bancos de datos, que contienen información personal fácilmente interconectable, proveniente de diversas fuentes, y que no se previó que pudieran ser vinculadas. Se constituye así toda una red de datos, que puede suministrar en segundos una información completa sobre cualquier persona. Estas redes aisladas no representan mayor peligro, pero en conjunto pueden vulnerar gravemente la intimidad del individuo. De esta manera, pacientes, ahorradores y empleados, quienes han tenido que suministrar en alguna oportunidad información sobre sí mismos, acabarían ignorando el empleo que de ella pueda hacerse.

La experiencia de otros países industrializados, muestra los conflictos característicos de una tecnología muy desarrollada. Dicha experiencia debería ser aprovechada para dotarnos de una gran regulación adecuada, que prevea las necesidades futuras. De hecho, el país ha iniciado ya la tecnificación de la información en todo tipo de entidades. Por ejemplo, la administración de justicia posee información sistematizada sobre órdenes de captura, condenas, etc. La centralización estatal o privada de la información puede atentar contra la intimidad de las personas, por lo que a partir de la norma propuesta, debería regularse la recolección de datos personales de manera tal que fuera una forma excepcional de obtener información, la cual debería estar orientada a un fin determinado inmodificable, que garantizaría el irrestricto acceso a la información personal. Para ello, se requiriría del control por parte de una autoridad especializada.

Disponer que la ley reglamenta el uso de la informática y de otros avances tecnológicos, para garantizar la intimidad personal y familiar y el **pleno ejercicio de otros deberes**, dejaría abierta la posibilidad de regular la informática, cuando en el futuro derechos diferentes al de la intimidad, se encuentren amenazados por estos avances tecnológicos[2] ".

2 Presidencia de la República: **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia.** *Op. cit.*

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, a juzgar por lo que se expresa en sus actas, no se desarrolló ningún debate de fondo sobre el contenido y alcance del Hábeas Data.

1.1.2. Naturaleza y ubicación del derecho

El Hábeas Data se incluye en el capítulo 1 del título II de la C.P., en el que se enuncian los Derechos Fundamentales. Aunque en estricto rigor el Hábeas Data corresponde a un específico proceso constitucional ideado para cumplir diversos propósitos, en la Constitución se enuncian, a título de derecho sustantivo varias facultades de la persona concernida por los datos y se confía a la acción de tutela, en principio, su protección judicial. Si bien la Corte Constitucional se ha limitado a conferir a la ubicación de los derechos bajo el mencionado capítulo y epígrafe, un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de un determinado derecho -no enteramente conclusivo-, no se ha puesto jamás en duda que el Hábeas Data ostente la condición de derecho fundamental.

De otro lado, no deja de tener alguna significación que el artículo 15° de la C.P., en el que se regula el Hábeas Data, se ocupe básicamente del derecho a la intimidad personal y familiar y de la inviolabilidad de la correspondencia, además de establecer una excepción a la reserva de documentos privados.

De hecho, la Corte Constitucional, en un primer momento, no dudó en acomodar conceptualmente el Hábeas Data dentro del ámbito del derecho a la intimidad[3]. En esa oportunidad se precisó que la intimidad se proyectaba en dos dimensiones: como secreto de la vida privada (sentido estricto) y como libertad (sentido amplio). La primera dimensión ofrecería la visión tradicional de la intimidad marcadamente individualista y portadora de facultades de exclusión de signo negativo. La segunda, conferiría a la intimidad el carácter de libertad pública y la habilitaría para enfrentar las amenazas que en el mundo moderno se ciernen sobre ella. Concluye la Corte: "(...) en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza política como que apunta a lograr

3 Corte Constitucional, Sentencia T-414 del 16 de junio de 1992

un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de la soledad de una persona".

Posteriormente, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 del 1° de marzo de 1995, la Corte rectificará el anterior criterio y atribuirá al Hábeas Data una configuración autónoma y propia como quiera que "a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en Colombia el Habeas Data está expresamente establecido en la Constitución". En esta ocasión la Corte señaló que el núcleo esencial del Hábeas Data estriba en la defensa del derecho a la "autodeterminación informática", en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está autorizada para permitir su conservación, uso y circulación.

Dos consecuencias principales se siguen de la caracterización del Hábeas Data como derecho fundamental. De una parte, la regulación de este derecho y la determinación de los procedimientos y recursos para su protección sólo pueden consagrarse a través de leyes estatutarias (se aprueban por mayoría absoluta de los miembros del Congreso dentro de una sola legislatura y su trámite comprende la revisión previa de la constitucionalidad del proyecto por parte de la Corte Constitucional).

De otra parte, entre los mecanismos de defensa judicial del derecho, se destaca la acción de tutela que puede reclamarse ante cualquier juez, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario. Con el objeto de ilustrar la efectividad de la tutela, basta señalar que por disposición constitucional "en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución". Las sentencias de tutela se remiten a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

1.2. La ley estatutaria

A partir de la Constitución de 1991, las personas cuyos datos encontraban desde hacia varios lustros almacenados en bancos de datos organizados por entidades del sector financiero y que eran reportadas como deudores morosos, entablaron con éxito acciones de tutela dirigidas a corregir o eliminar, por diversas circunstancias, sus nombres de tales registros.

Los bancos y demás instituciones financieras se constituyeron en activo grupo de presión ante el Congreso a fin de que éste expidiera la Ley Estatutaria respectiva y por esta vía "frenara los excesos de la tutela". El Congreso dictó, finalmente, el proyecto de Ley N° 127/93 Cámara, 12/93 Senado, mediante el cual "se dictan algunas disposiciones sobre el ejercicio de la actividad e recolección, manejo, conservación y divulgación de Información Comercial". El texto de la ley, que se transcribe en el anexo, buscaba restringir al máximo el Hábeas Data referido a bancos de datos financieros y a este fin circunscribía básicamente su objeto.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-008 del 17 de enero de 1995, declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley. El citado proyecto había sido aprobado sin contar con la mayoría especial exigida por la Constitución Política. La violación de la Constitución no podía ser más flagrante. De todas maneras, la inexistencia de una ley estatutaria que regule la materia, si bien deplorable por muchos aspectos, no llega a afectar la efectividad del Hábeas Data, por tratarse, a veces del artículo 85° de la C.P., de un derecho de aplicación inmediata, que no requiere en estricto rigor de la *interpositio legislatoris*.

2. Contenido y elementos del Hábeas Data

En ausencia de la ley estatutaria ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la encargada de delinear los contornos del Hábeas Data y desarrollar sus aspectos más relevantes. En ninguna otra materia, como en ésta, las sentencias de la Corte Constitucional, se han convertido en fuente generadora de reglas y criterios jurídicos. Por consiguiente, en base a lo expresado por la Corte se procederá a exponer tanto el contenido como los alcances del Hábeas Data.

2.1. Contenido

Ya se anticipó que para la Corte Constitucional el centro de gravedad del Hábeas Data viene a estar constituido por la "autodeterminación informática" y por la libertad. Dicha autodeterminación se traduce en la facultad de la persona concernida por los datos almacenados en un archivo público o privado para autorizar su conservación, uso y circula-

ción, lo mismo que para conocerla, actualizarla y rectificarla. Estas facultades se consideran indispensables puesto que sin ellas la circulación libre de la información podría lastimar tanto la identidad de la persona como su libertad. Se descubre, de este modo, una dimensión inédita, pero necesaria, de la autonomía personal: la necesidad de controlar el flujo de información que sobre la persona y sus actos se vierte hacia el exterior y que se reproduce incesantemente a través de los canales informáticos.

2.2. Sujetos

En principio, puede decirse que sujeto activo del Hábeas Data es toda persona, natural o jurídica, cuyos datos particulares sean captados en un archivo público o privado "susceptible de tratamiento automatizado", como lo ha puesto de presente la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ha reconocido que dependiendo de la naturaleza de cada derecho fundamental en concreto, las personas jurídicas pueden ser titulares activos de posiciones iusfundamentales. Desde este punto de vista, nada se podría oponer a que las personas jurídicas pudiesen, en este caso, ser consideradas titulares activos del Hábeas Data. La misma consideración del Hábeas Data como derecho autónomo, cuya configuración trasciende el ámbito de la intimidad, contribuye a justificar aún más la posibilidad de extender a las personas jurídicas la titularidad del mencionado derecho.

Por el aspecto pasivo, los sujetos potencialmente obligados serían todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que organicen bancos de datos diseñados con el fin de poner en circulación los datos que almacenen o con aptitud para hacerlo y generar información a terceros.

2.3. Facultades del sujeto activo

La Constitución Política precisa las facultades de la persona a la cual se refieren los archivos públicos o privados:

> a. El derecho a conocer las informaciones que se produzcan de ella y que se contienen en tales archivos;
>
> b. El derecho a solicitar y obtener la actualización de la información recogida en los archivos;

c. El derecho a rectificar las informaciones inexactas, falsas o que en general no correspondan a la verdad.

2.4. Otras facultades

La Corte Constitucional, por vía jurisprudencial, refiriéndose a los bancos de datos financieros o económicos, ha reconocido en cabeza de toda persona el "derecho a la caducidad del dato negativo", el cual se infiere, en su concepto, del principio de autodeterminación informática y de la misma cláusula de libertad.

A este respecto ha señalado la Corte: "(...) también hacia el pasado debe fijarse un límite razonable, pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años (se refiere al deudor moroso) no borrara, por así decirlo, la mala conducta pasada. (...) Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador. Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general".

Con base en estas premisas la Corte considera que sería irrazonable la conservación, uso y divulgación informática del dato financiero, si se omite la ocurrencia de todos los siguientes hechos:

a. "Un pago voluntario de la obligación";

b. "Transcurso de un término de dos años, que se considera razonable, término contado a partir del pago voluntario". "Expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un año, caso en el cual, el término de caducidad será igual al doble de la misma mora"; y,

c. "Que durante el término indicado en el literal anterior, no se hayan reportado nuevos incumplimientos del mismo deudor, en relación con otras obligaciones".

No deja por fuera la Corte tres eventos que pueden ocurrir: el pago de la obligación en un proceso ejecutivo; el pago producido una vez presentada la demanda, con la sola notificación del mandamiento de pago; y, finalmente, el no pago de la obligación al prosperar la excepción referida a la prescripción. En el primer caso, a juicio de la Corte,

el término de caducidad sería de cinco años (semejante al término de prescripción de la pena de los delitos que no tienen señalada una pena privativa de la libertad). En el segundo caso, se aplicará la regla general y el término de caducidad será solamente de dos años. En el tercer caso, no se presenta la caducidad, puesto que "no ha habido pago y, además, el dato es público".

2.5. El dato y su titularidad

El alcance del Hábeas Data, en particular su función como derecho reivindicativo de un espacio de libertad frente al poder informático, resulta inaprehensible si no se discurre sobre el concepto de DATO, entidad básica que conforma los bancos de datos y que constituye aquello que se predica, de una o de otra manera, del sujeto concernido.

Según el concepto del experto Lleras que la Corte prohija "el dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que el dicho dato adquiera sentido" (Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992).

El dato, prosigue la Corte, como elemento básico de información sobre eventos o cosas, referido a una específica persona, provee información sobre su identidad o al menos un aspecto de ésta. La reunión de un conjunto de estos datos, lo que está al alcance de la tecnología actual, puede brindar a terceros un perfil virtual de la persona.

El "poder informático" justamente surge de la posibilidad que se dispone para almacenar datos personales y poder discriminarlos con apoyo en sistemas y canales electrónicos. Los peligros para la libertad, la identidad y la intimidad de las personas se acrecientan. Las personas súbitamente pueden ser objeto de respuestas o acciones hostiles, rechazos de variada intensidad, coerciones ocultas, cuando no de invitaciones y ofertas no deseadas. La transparencia de la identidad y, naturalmente, su distorsión, ambas no autorizadas ni buscadas, ciertamente representan una evidente "contaminación" de las libertades, como ha dado en llamarse este fenómeno de abuso del poder informático.

Como necesario contrapeso -afirma la Corte en la sentencia citada- "este nuevo poder ha engendrado la libertad informática. Consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los

datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, la identifican e individualizan ante los demás".

Si bien en varios momentos diversas personas pueden acceder al conocimiento de un dato, su propiedad, asevera la Corte, no puede tener los rasgos que distinguen el derecho de dominio clásico, puesto que no podrán excluirse completamente las pretensiones del sujeto concernido por aquél y que, en los términos de la Constitución Política, le permite conocer, rectificar y actualizar las informaciones respectivas, particularmente con el objeto de evitar y controlar el abuso del poder informático.

En el caso concreto de los bancos de datos financieros, en la sentencia SU-082 de 1995, la Corte señaló que "(...) así como la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones con ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar". Autorización que debe ser expresa y voluntaria por parte del interesado para que sea realmente eficaz.

2.6. Protección judicial del derecho

2.6.1. En vista de que no se ha dictado, hasta la fecha, la ley que desarrolle este derecho y que disponga un mecanismo o procedimiento específico para su protección, la acción de tutela es por el momento el medio idóneo para reclamar su protección en los eventos de violación o de amenaza.

La acción de tutela, regulada en el artículo 86° de la C.P., se caracteriza por su probada eficacia para defender la efectividad de los derechos fundamentales. La revisión eventual de las sentencias que se profieran, por parte de la Corte Constitucional, de otro lado, ha permitido que progresivamente se conforme un cuerpo doctrinal que orienta la actividad judicial y que está atenta a adaptar los fallos a los nuevos retos y desafíos que enfrentan los derechos.

2.6.2. Si bien a través de la acción de tutela se puede solicitar, y obtener, la condigna indemnización por concepto del daño emergente a cargo de quien ha vulnerado o puesto en peligro un derecho fundamental, la Corte excepcionalmente la ha impuesto.

2.6.3. La acción de tutela procede contra particulares en los casos que determine la ley. En relación con el Hábeas Data no cabe la menor duda de que la acción de tutela puede intentarse contra particulares. En efecto, dispone el artículo 42° del Decreto N° 2591 de 1991:

> "Artículo 42. Procedencia
> La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:
> (...).
> 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15° de la Constitución".

Cabe añadir que prácticamente en su totalidad las acciones de tutela entabladas para garantizar el derecho analizado, se han enderezado contra particulares que administran bancos de datos.

3. Problemas adicionales sobre archivos públicos o privados

3.1. Informaciones sobre personas que el Estado recopila y registra en sus archivos.

La Corte Constitucional en la sentencia T-444 de 1992, entró a analizar el tema relacionado con las investigaciones que lleva a cabo el Estado a través de sus organismos de inteligencia. La demandante, detenida en una cárcel, sindicada del delito de rebelión, solicitaba que fueran eliminados los antecedentes allegados al proceso por organismos de inteligencia, que la vinculaban como integrante del denominado "Ejército de Liberación Nacional".

La Corte, luego de analizar los antecedentes y extenderse sobre el alcance del Hábeas Data, concluyó que toda persona tiene el derecho a que de ella se conozca sólo lo mínimo para asegurar la normal convivencia social. A su turno según la Corte, el Estado tiene la potestad de conocer "lo máximo necesario" para la debida protección de los ciudadanos y las instituciones.

Advierte la Corte en la sentencia: "(...) el Estado (puede) incluso recopilar y archivar información sobre una persona, en el marco de sus legítimas y democráticas funciones, siempre y cuando no divulgue ni de a la publicidad por ningún medio la información sobre esa persona, salvo el evento de que ella tenga antecedentes penales o contravencionales, esto es, que tenga una condena proferida en sentencia judicial definitiva, como lo dispone el artículo 248° constitucional".

En la sentencia no se rechaza el "cruce" de informaciones dentro del Estado, el cual se justifica en virtud del "principio tácito de colaboración y reserva de información entre instancias del Estado", siempre que ello se encuentre previamente autorizado por el ordenamiento. Empero, si la información que se comparte dentro del Estado, es susceptible de ser conocida por terceros, la misma no podrá contener datos perjudiciales, distintos de los "antecedentes" de que trata el artículo 248° de la Constitución Política (condenas proferidas en sentencias judiciales firmes).

La Corte efectúa una distinción entre "recopilación" de la información y el "resultado" de la investigación. Sobre este particular señala:

> "En la recopilación los organismos del Estado poseen una facultad amplia y sólo están limitados por los principios de respeto de los derechos humanos, por el debido proceso y por una reserva absoluta.
>
> En cuanto al resultado, éste sólo puede ser conocido por el interesado directamente cuando forme parte de un proceso ante la jurisdicción penal, disciplinaria o fiscal, y allí pueda a través de los principios de contradicción de la prueba, cuestionar su legalidad a la luz del análisis probatorio que deberá realizar el funcionario competente.
>
> Pero la recopilación y las evaluaciones internas son absolutamente reservadas; ellas son el soporte científico del resultado. A través de ellas se detecta la información y de su reserva precisamente se deriva, como se mencionó anteriormente, el éxito de una investigación.
>
> El interesado tiene derecho a conocer de los archivos reservados sólo aquella información que le es necesaria para casos especiales. Es así como el Decreto N° 2398 de 1986 permite que el

interesado solicite los antecedentes de sus respectivos registros. Es decir sobre los registros podrá ejercer el derecho que le otorga el artículo 15° de la Constitución para conocer, actualizar o rectificar las informaciones que se hayan recogido en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, únicamente cuando la información ha salido de los organismos de inteligencia del Estado y se encuentra ya en manos de las autoridades competentes para adelantar procesos judiciales.

De los resultados o los soportes de la información son titulares las personas cuyos datos hayan sido reportados y en consecuencia tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que no sean reservadas.

La ley protege la reserva y es así como sanciona su violación en los artículos 155° (utilización de asunto sometido a secreto o reserva), delito consagrado dentro del capítulo de los abusos de autoridad y otras infracciones y 289° (divulgación y empleo de documentos reservados), tipificado dentro del capítulo de los delitos contra la liberta individual y otras garantías, o la Ley N° 57 de 1985 que establece en el artículo 12°:

> "Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposan en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional[4]".

Finalmente, concluye la Corte:

> "Si los organismos de inteligencia del Estado tienen reseñada en calidad de "rebelde" a la peticionaria, ello es conforme a derecho siempre y cuando no sea dado a conocer por fuera de los organismos.
>
> Si un tercero o la misma accionante solicitan acceso a la información que el Estado tiene de ésta, las entidades oficiales competentes sólo podrán decir que -no estando condenada sino sólo detenida-, ella no tiene ningún tipo de antecedentes.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-444 del 7 de julio de 1992.

> Si del resultado del proceso que cursa en el Juzgado de Orden Público se demuestra que la peticionaria es absuelta de todo delito que presuntamente ella ha cometido, el Juez competente está en la obligación de informar a las autoridades y a los organismos de inteligencia que adecuen su información a lo resuelto en el proceso.
>
> Asimismo, si el Juez advierte que, antes de que la información sea asequible a terceros, esto es, antes del juicio, aquélla no ha sido debidamente reservada y se ha filtrado a la opinión pública, deberá adoptar las medidas conducentes para investigar los delitos y demás infracciones a que hubiere lugar, con el fin de proteger, ahí sí, la intimidad de la peticionaria[5]".

3.2. La utilización de datos tributarios por parte del Estado para fines diversos

Tal vez el retrato más cercano de la persona y de su actividad -por lo menos desde el punto de vista económico- es el que gracias a las declaraciones tributarias, puede reconstruir el Estado y sus funcionarios.

La Corte Constitucional en la sentencia T-145 de 1993 consideró que el Estado no había violado la reserva tributaria (D. 624 de 1989, Arts. 583° y 584°) a raíz de la cancelación de la inscripción de un contratista en el registro de constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, luego de verificar, mediante un cruce de informaciones con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que los valores que aparecían en las declaraciones de renta presentadas para la renovación de la inscripción diferían de los valores que reposaban en la Administración de Impuestos Nacionales.

Si bien la Corte reconoce, en la sentencia, que la reserva tributaria impide a los funcionarios utilizar la información confiada por los declarantes para fines diversos del control, recaudo y determinación de los impuestos, admite, de otra parte, que la administración para la protección de los intereses públicos, puede confrontar la información que se le suministra -con el fin de obtener una ventaja o situación favorable- con la que dispone en sus bancos de datos.

En materia tributaria, sin embargo, la consulta intraestatal, no puede referirse, expresa la Corte, ni a las bases gravables ni a la determi-

5 Corte Constitucional, Sentencia T-444 del 7 de julio de 1992.

nación privada de los impuestos. En otras palabras, el contratista, en este evento, no podía invocar el Hábeas Data para impedir que el Estado investigase la autenticidad de las informaciones suministradas.

3.3. Derecho a información vital en circunstancias excepcionales

La Corte ha establecido que la consagración del Hábeas Data no comporta -por fuera de los archivos sujetos a tratamiento informático- el derecho genérico a conocer información de personas públicas o privadas con fines distintos de los de controlarla, actualizarla y rectificarla. Lo anterior, desde luego, deberá entenderse sin perjuicio de la libertad de acceso a los documentos y archivos públicos, salvo las excepciones que establezca la ley (C.P. Art. 74°).

En dos situaciones la Corte ha establecido que, independientemente de la existencia o no de un archivo informatizado, vale decir, por fuera del esquema del Hábeas Data, una persona puede requerir de otro particular información o datos que le son relevantes y que éste último está en la obligación de suministrar.

En el primer caso, el padre anciano e indigente, que había facultado a su hijo para enajenar su único bien, en vano había intentado tener alguna noticia sobre la suerte del negocio de cuyo resultado dependía su bienestar futuro. En esta oportunidad la Corte señaló:

> "El ocultamiento de la información de un negocio a quien está vitalmente interesado en él, configura una conducta que coloca a la persona en situación de indefensión, respecto del contratante que abusa de su posición privilegiada. La solidaridad debe gobernar las relaciones entre las partes contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio. No obstante, el incumplimiento del deber de informar acerca del desarrollo de un contrato a la persona interesada en él, es una materia que debe ser resuelta exclusivamente con base en la ley, pues, carece de relevancia constitucional, salvo que la omisión materialmente vulnere de manera directa los derechos fundamentales de quién depende en grado sumo de las resultas del mismo para su subsistencia autónoma y libre, siempre que en este caso excepcional se acredite, además de la insuficiencia de

los remedios legales, que la omisión es la causa eficiente de la transgresión[6]".

En el segundo caso, la demandante que había sido internada, inconsciente y en avanzado estado de embarazo, en una clínica privada, creía que había dado a luz una niña. Según el establecimiento médico, a la paciente se le practicó una cirugía y el feto fue encontrado muerto. Aparte de la historia clínica, no se aportó en ningún momento, por el desorden de los archivos existentes el oficio de rigor dirigido al cementerio a fin de acreditar la inhumación de la criatura.

En la sentencia de la Corte se expresa lo siguiente:

"La situación de postración y tristeza en que se encuentra la señora Larrea Guevara por desconocer si su hija murió y, en dado caso, el lugar donde fue enterrada, se origina en las irregularidades administrativas de la Clínica de Maternidad "Rafael Calvo". El manejo de los archivos de la entidad y la falta de diligenciamiento de los documentos legales requeridos para la inhumación del feto, vulneran el derecho a la información mínima vital y, consecuencialmente, el derecho a la seguridad personal de la peticionaria.

La omisión de la entidad de salud vulneró el derecho fundamental a la información mínima vital de la peticionaria. La negativa a entregar la información necesaria para tener certeza de la muerte de su hija -copia del certificado de defunción fetal, comunicación de envío del cuerpo al cementerio local, relación de los nacimientos acaecidos en la Clínica de Maternidad "Rafael Calvo" durante el año 1987, copia de los libros de anotaciones y registros, etc.-, compromete grave y directamente los derechos de la peticionaria a la integridad mental, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad personal, al condenarla a vivir en la duda permanente, lo que afecta su esfera afectiva, sus proyectos vitales y su salud física y mental[7]".

6 Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 1994.
7 Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1994

En la citada providencia, de otro lado, se alude a la conservación de archivos como deber correlativo al derecho de información mínima vital:

> "Consustancial al derecho de información mínima vital (C.P. Arts. 94°, 1 y 2) es el deber de mantener un archivo de la información que permita a los pacientes conocer todas las circunstancias relacionadas con la intervención médica, ya que su conocimiento es condición necesaria para la efectividad de otros derechos fundamentales. La historia clínica, si bien representa parte importante de la memoria de las condiciones y el tratamiento seguido a una persona, no constituye toda la documentación existente en las entidades de salud respecto de una persona.
>
> Los archivos son el reflejo documentario de la actividad práctica, jurídica o administrativa de una persona o institución. Por archivos públicos se entiende los documentos producidos por una entidad oficial o privada encargada de la prestación de un servicio público, en el desarrollo de sus actividades o competencias y los cuales se organizan y conservan según el orden natural de funcionamiento de la entidad. Se dice con sobrada razón que "el archivo refleja la institución que lo ha producido".
>
> Históricamente, los archivos han sido parte esencial de la civilización. Aristóteles los consideraba indispensables en un Estado modelo. A Napoleón se atribuye la máxima según la cual "un buen archivista es más necesario que un buen general de artillería". Las sociedades que no disponen de archivos son sociedades sin memoria. Sin ellos, en la práctica, no existiría organización estatal.
>
> Ahora bien, un archivo no es la simple recopilación o colección de documentos. El archivo es un conjunto orgánico de documentos, unidos por un vínculo originario o de procedencia, que sirven para recuperar con agilidad y en tiempo oportuno toda la información almacenada por una oficina o institución en el curso de su actividad.
>
> La vulneración o amenaza del derecho a conocer una información personal puede presentarse, entonces, por la deficiente organización, conservación o custodia de los archivos de las entidades de salud".

CONCLUSIONES

1. La regulación constitucional y legal de los desarrollos tecnológicos en el campo de la informática, obedece a la necesidad de controlar los abusos del poder informático que pueden afectar gravemente la libertad y los derechos de la esfera personal.

2. La sujeción de la tecnología informática a los dictados del derecho, corrige sus distorsiones, pero, en términos generales, contribuye a convalidarla socialmente. Como saldo negativo de esta confrontación, se anota el progresivo marchitamiento de la idea de sujeto "en sentido fuerte", en la que tradicionalmente ha descansado el constitucionalismo occidental.

3. En los países en vía de desarrollo, la positivización constitucional del Hábeas Data se justifica, pese a que las aplicaciones informáticas sean incipientes. El poder informático, público y privado, no puede quedar exento de una regulación mínima. No hacerlo significaría, simplemente, acrecentar los espacios de poder de sus actuales detentadores.

4. La Constitución Política de Colombia consagra el Hábeas Data que verdaderamente responde al esquema de un proceso constitucional, como derecho sustantivo que otorga a su titular la facultad de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido en archivos públicos y privados y que le conciernan.

5. Hasta la fecha no se ha dictado la ley estatutaria prevista en la Constitución cuyo objeto sería desarrollar el Hábeas Data. El proyecto que se dictó, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional.

6. Con ocasión de las controversias suscitadas alrededor de las informaciones contenidas en algunos bancos de datos de instituciones financieras, la Corte Constitucional, en Sala de Revisión de Tutelas, ha elaborado un cuerpo doctrinario sobre el Hábeas Data que, en cierta medida, suple la ausencia de ley estatutaria en la materia.

7. Si bien la jurisprudencia de la Corte se ha referido sólo a un tipo de banco de datos -de naturaleza económica o financiera- cuyas informaciones, además, no comprometen áreas sensibles de la personalidad, los criterios establecidos pueden ofrecer un marco general al Hábeas Data. En particular, la jurisprudencia ha precisado el carácter, contenido y alcance del Hábeas Data, las facultades de las personas concernidas y las obligaciones de los gestores de los archivos.

La índole de los problemas debatidos no ha permitido a la Corte ocuparse de aspectos tan esenciales como los relativos al derecho de exclusión y de confidencialidad. De otra parte, los conflictos que suscitan los bancos de datos financieros en relación con otros derechos como el buen nombre, la intimidad y el honor, para enumerar sólo estos, no tienen el grado de tensión que comparten bancos de datos diferentes. En este sentido, la doctrina de la Corte sobre conflictos del Hábeas Data con otros derechos, no ha abarcado los eventos que son más pugnaces.

8. Es indispensable que se dicte la ley estatutaria sobre el Hábeas Data, no obstante que para su efectividad ello no sea necesario y que, hasta el presente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional haya llenado, parcialmente, este vacío. Sin embargo, esta situación de suyo precaria no se compadece con la vigencia real del principio democrático. De otro lado, la jurisprudencia, por definición casuista, no puede contemplar el conjunto de eventos y de asuntos que normalmente integran una normativa exhaustiva en esta materia. No se puede ignorar que la jurisprudencia de la Corte se ha generado en torno de los bancos de datos financieros, y sólo marginalmente se ha referido a otros bancos de datos. Normas especiales de protección se requieren en relación con los bancos de datos de las entidades públicas y sobre los bancos de datos en campos tan importantes como el empleo, la salud, la educación, entre otros.

ANEXO
CÁMARA DE REPRESENTANTES
PROYECTO DE LEY N° 127/93 CÁMARA, 12/93 SENADO

Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el ejercicio de la actividad de recolección, manejo, conservación y divulgación de Información Comercial.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
DECRETA:

ARTÍCULO 1°. PROTECCION DE LA INTIMIDAD Y EL BUEN NOMBRE: De conformidad con los artículos 15° y 21° de la Constitución Nacional, nadie puede ser objeto de injerencias arbitra-

rias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación.

Asimismo, y de conformidad con el artículo 20° de la Constitución Nacional, toda persona tiene derecho a recibir información objetiva veraz e imparcial.

ARTICULO 2º. AMBITO DE APLICACION: La presente ley se aplicará a las personas y entidades que ejerzan la actividad de recolección, manejo, conservación y divulgación de Información Comercial.

La información sobre las personas no podrá ser recogida y procesada de manera injusta, fraudulenta o ilegal, ni ser utilizada para fines contrarios a los propósitos y principios de la Constitución Nacional y de la Carta de las Naciones Unidas.

Por Información Comercial se entenderán todos los datos relevantes para la toma de decisiones, tales como: experiencias en manejo de obligaciones y relaciones comerciales, bancarias, crediticias y de negocios, estados e indicadores financieros e información sobre la solvencia económica de las personas, sobre sus operaciones, sus actividades, su experiencia y trayectoria.

ARTÍCULO 3º. LEGITIMIDAD DE LAS BASES DE DATOS: Cualquier persona puede crear un banco de datos o archivo y recolectar información que no pertenezca a la intimidad de otros. Estos datos son de libre circulación, en las condiciones de la presente ley.

Para los efectos de la presente ley, se entiende por banco de datos, todo conjunto organizado de información de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de recolección, almacenamiento y de la recuperación de la información, ya sea efectuada por entidades públicas o privadas, con la intención de proveerla a terceros con propósitos comerciales.

La información puede ser de aquella que pertenece al dominio público y a la cual puede y debe tener acceso cualquier persona de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15° y 74° de la Constitución Nacional; o de aquella que consiste en el registro histórico, respecto de ellas, del comportamiento y hábitos de pago en relación con obligaciones crediticias, del manejo de cuentas corrientes, de sus transacciones comerciales, sus antecedentes o referencias laborales; y en

general, datos de contenido patrimonial, laboral o comercial que por lo tanto no hacen parte de su intimidad, salvo en cuanto estén amparados por lo dispuesto en el último inciso del artículo 15° de la Constitución Nacional.

PARÁGRAFO 1°. Las entidades públicas que manejen bancos de datos o archivos de Información Comercial no podrán suministrar a terceros información, que en desarrollo del artículo 15° de la Constitución, esté amparada por reserva y sea de naturaleza íntima, salvo que la persona a quien concierna la información lo autorice por escrito. La reserva no es oponible a las autoridades que requieran la información en ejercicio legítimo de sus funciones, pero en tal caso aquellas deberán guardar la confidencialidad de dicha información. Tampoco se puede oponer reserva a la persona concernida en la información, excepto tratándose de los archivos policiales, sobre la seguridad nacional y asuntos criminales cuando así lo establezca la ley.

PARÁGRAFO 2°. Los bancos de datos o archivos no podrán recolectar información íntima de aquella a la cual se refiere el inciso último del artículo 15° de la Constitución Nacional ni, por ende, suministrarla a terceros, pues ella sólo podrá ser presentada por los interesados para efectos tributarios o judiciales, en los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, y en los términos que señale la ley.

ARTÍCULO 4° REGLAS DE FUNCIONAMIENTO: Todo aquel que ejerza la actividad a que se refiere el artículo anterior deberá sujetarse a las siguientes reglas:

A. La Información Comercial solamente podrá ser divulgada para los fines específicos para los cuales se recopiló, y no podrá ser usada para coaccionar de manera ilegítima a personas o entidades, o para ejercer arbitrariamente el propio derecho, ni para fines distintos de los del último inciso del artículo 15° de la Constitución Nacional, en los términos de la presente ley.

B. No podrá existir archivos o registros secretos de Información Comercial y toda persona tendrá acceso a la información o datos que sobre ella se conserven, así como a solicitar su rectificación o actualización, sin perjuicio de las normas especiales relativas a la seguridad nacional, prevención, control y represión de actividades ilícitas y delictivas

y la información tributaria en poder de la administración de impuestos.

C. Serán gratuitas las consultas presenciales o no documentarias, que sean efectuadas por el sujeto concernido, tanto como el trámite de sus solicitudes de rectificación o actualización que prosperen. La información que se provea por escrito en virtud de las solicitudes de consulta sobre el estado de los registros, o de las peticiones de rectificación o actualización que prosperen, podrán ser cobradas a las mismas tarifas que los operadores tengan establecidas para los usuarios habituales.

ARTÍCULO 5º. CALIDAD DE LA INFORMACIÓN: Las personas responsables de recoger y de actualizar datos para los bancos o archivos, tienen la obligación de efectuar en forma rutinaria o extraordinaria cuando fuere el caso, comprobación sobre la calidad de tales datos y de asegurar que se mantengan tan completos como sea posible para evitar, entre otros, los errores de omisión y para lograr que la recolección, el tratamiento, la utilización y la definición de aquellos se sujeten, además de lo previsto en el artículo anterior, a los siguientes principios:

A. Transparencia, es decir, que la circulación de datos sea libre siempre y cuando se dé cumplimiento a lo dispuesto en la presente ley.

B. Confidencialidad y seguridad, es decir que los bancos y los archivos deben estar protegidos contra los peligros de pérdida, destrucción y uso no autorizado o fraudulento, de la información en ellos contenida.

C. Veracidad y correcta utilización de los datos, para que sean exactos y actualizados, de tal manera que permitan responder sobre la situación real de las personas sobre quien versa.

ARTÍCULO 6º. RESPONSABILIDAD: Las personas naturales o jurídicas que ejerzan la actividad que se regula mediante la presente ley, son responsables por los archivos o bancos de datos de información comercial que posean, así como de su recolección, manejo y divulgación, como son responsables las fuentes por las informaciones que suministren a aquellas.

ARTÍCULO 7º. FUENTES LEGÍTIMAS DE INFORMACIÓN: Los bancos o archivos únicamente podrán recoger y actualizar información proveniente de las siguientes fuentes:

A. La persona objeto de la información o sus legítimos representantes.

B. Cualquier persona que haya tenido relaciones de índole civil, comercial, administrativa, bancaria o laboral con la persona objeto de la información, siempre y cuando ésta se refiera a los actos, situaciones, hechos, derechos y obligaciones objeto de tales relaciones o derivados de las mismas, sobre las cuales la fuente tenga conocimiento directo.

C. Los registros, documentos o publicaciones a los cuales haya tenido acceso el banco o archivo y de los cuales dará noticias, en los casos previstos en esta ley.

D. Otros bancos o archivos, cuando actúan en calidad de fuentes de información, que serán responsables por la información que suministren, y otras personas naturales o jurídicas que hayan recibido su información de las fuentes mencionadas en éste y en los numerales anteriores y que, por lo tanto, puedan ser fácilmente comprobados.

ARTÍCULO 8º. EXACTITUD DE LA INFORMACIÓN: Los bancos de datos o los archivos estarán obligados a tramitar con sus fuentes de información las solicitudes de actualización y rectificación que presenten las personas por ellos reportadas, en un plazo no mayor de quince (15) días contados desde la fecha de la solicitud. Si vencido el plazo aquí indicado la fuente de datos no se ha manifestado sobre las solicitudes de actualización y/o rectificación, o lo ha hecho en forma negativa, el banco o archivo dispondrá lo necesario para que la difusión de datos controvertidos incluya una constancia sobre el citado trámite.

En todo caso, las solicitudes de actualización y rectificación y la decisión de la fuente de información deberán ser comunicadas por el banco o archivo a los usuarios que hayan recibido esta información sobre el solicitante durante los seis (6) meses anteriores y a quienes habrán de recibirla en el futuro.

ARTÍCULO 9º. ELIMINACIÓN DE REGISTROS: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, si al efectuar la tramitación de una solicitud de rectificación el banco o archivo encuentra que la que él tiene es inexacta, o no puede ser verificada, deberá rectificarla o eliminarla en su base de datos y tal hecho notificado a las personas que hayan recibido información sobre el solicitante en los últimos seis (6) meses.

ARTÍCULO 10º SUMINISTRO DE INFORMACIÓN: Los bancos o archivos pueden suministrar la información por ellos recopilada y actualizada, salvo la que el artículo 15° de la Constitución considera cubierta por el derecho a la intimidad, a las siguientes personas:

A. A las personas objeto de dicha información a quienes se refiere el artículo 4º de la presente ley o a sus legítimos representantes o a sus herederos o legatarios si hubieren fallecido, o a cualquier otra persona debidamente autorizada por los anteriores.

B. A los funcionarios de la rama judicial, de la Procuraduría General de la Nación, a la administración de impuestos nacionales, a la Contraloría General de la República, a las Comisiones del Congreso Nacional en los términos del artículo 137° de la Constitución Nacional y a cualquier otra autoridad que tenga jurisdicción para exigirla.

C. A cualquier persona de quien se sepa con razonable certeza que:

1. La usará para una transacción crediticia que concierne a la persona objeto de la solicitud.
2. La usará para efectos de conferir empleo a la misma persona.
3. La usará para evaluar una solicitud de amparo de seguro.
4. La usará para cualquier otro fin que exija el indagado la asunción de responsabilidades de naturaleza financiera o comercial frente al Estado o a entidades particulares o en relación con una operación legítima de negocios.

PARÁGRAFO: Se exceptúan de lo dispuesto en el numeral 1 del presente artículo los archivos sobre la seguridad nacional y asuntos criminales de que trata el parágrafo 1 del artículo 3º de la presente ley, los cuales no podrán ser consultados por los interesados.

ARTÍCULO 11º. INFORMACIÓN DE CIRCULACIÓN RESTRINGIDA: Ningún banco o archivo entregará información sobre las condiciones personales, la reputación o forma de vida de persona natural alguna, sin haber informado previamente a tal persona que ha recibido la correspondiente solicitud pero sin que tenga obligación de revelar la identidad del solicitante y sin haber obtenido previamente su autorización escrita. Dicha información se suministrará al interesado dentro de los tres (3) días siguientes a la petición recibida, por cual-

quier medio que garantice su oportuna recepción, y aquel podrá exigir y obtener el nombre del peticionario, la finalidad de la solicitud de información y su ámbito; tendrá derecho, además, a que en dicha información se incluyan sus aclaraciones y peticiones de rectificación, para conocimiento del peticionario.

La información de que trata el presente artículo, y aquella a la cual se refiere el inciso segundo del artículo tercero de esta ley, podrá ser utilizada en forma anónima, para efectos estadísticos, sondeos de opinión e investigaciones.

PARÁGRAFO: Esta disposición no se aplicará tratándose de la información comercial definida en el artículo 2º.

ARTÍCULO 12º. CADUCIDAD DE LOS REGISTROS: Los bancos de datos o archivos no podrán suministrar información que verse sobre la comisión de delitos contravenciones o faltas disciplinarias luego de que haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal o disciplinaria o la prescripción o cumplimiento de la pena.

Sin autorización de la persona concernida, tampoco podrán proveer a terceros datos de carácter negativo luego de que hayan transcurrido diez (10) años desde que la correspondiente obligación se extinguió por cualquier medio legal.

ARTÍCULO 13º. RESPONSABILIDAD DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: Serán responsables de la exactitud de los datos que revelen, sin perjuicio de la responsabilidad de los bancos o archivos que no verifiquen -pudiendo hacerlo- la información que reciban, o no la rectifiquen cuando fuere el caso, o la usen sobre la base de simples rumores sin fundamento serio o que no sea de conocimiento público.

Antes de suministrar por primera vez informes desfavorables a una base de datos, el proveedor de la misma se cerciorará de notificar personalmente al sujeto concernido. Si tal no fuere el caso, dicha persona será notificada por medio de escrito dirigido a su dirección conocida y, a falta de ésta, por medio de aviso publicado por una vez en diario de circulación nacional, con lo cual se entenderá surtido el trámite legal. Cada vez que se suministre información que pueda ser desfavorable para la persona, ésta deberá ser notificada por escrito de tal hecho, dentro de los siguientes treinta (30) días.

ARTÍCULO 14º. ACCIONES DE TUTELA: Para instaurar acciones de tutela contra los responsables de bases de datos, con miras a la protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, será necesario tramitar previamente una solicitud de actualización o rectificación, según corresponda.

El proceso judicial sólo podrá instaurarse luego de que hayan transcurrido quince (15) días hábiles a partir de la solicitud respectiva.

ARTÍCULO 15º. SUMINISTRO DE INFORMACION FUERA DEL PAIS: Los bancos de datos o archivos no podrán transmitir datos personales con destino a países cuya legislación no ofrezca garantías análogas a las previstas en la presente ley. Se exceptúan de la aplicación de lo aquí dispuesto las transferencias internacionales de créditos, las transferencias de información para efectos de prestar colaboración con las autoridades judiciales internacionales y cualquiera otra que resulte de la aplicación de tratados o convenios de los que Colombia sea Estado parte.

ARTÍCULO 16º. EXCEPCIONES: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2º de la presente ley, sus disposiciones no se aplicarán a los registros públicos de creación legal, los cuales se seguirán rigiendo por las mismas existentes.

ARTÍCULO 17º. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: Las personas y entidades a que se refiere el artículo segundo de la presente ley, serán responsables por los perjuicios ocasionados de conformidad con las normas que regulan la responsabilidad civil, sin perjuicio del ejercicio de la acción de tutela en los casos en que esta proceda. Asimismo, serán responsables penalmente, de acuerdo con las disposiciones sobre la materia, cuando a sabiendas divulguen información falsa, injuriosa o calumniosa.

ARTÍCULO 18. VIGENCIA: Esta ley rige a partir de la fecha de su publicación y las personas y entidades que en ella ejerzan la actividad que se regula, tendrán un plazo de seis meses para adecuarse a su contenido y alcance y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

El Hábeas Data en Bolivia

Benjamín Miguel Harb

Si bien el Hábeas Data no está contemplado expresamente en la Constitución o en otras leyes secundarias, creemos que en Bolivia se puede aplicar recurriendo tanto a la Ley Fundamental, al Código Civil y al Código Penal.

La Constitución consagra los derechos, deberes fundamentales y las garantías. A continuación veremos estos derechos:

a) la prohibición de declarar contra sí mismo y contra sus parientes hasta el cuarto grado consanguíneo y segundo afín, para no violentar la conciencia y los lazos familiares;

b) para preservar la intimidad se declara que la correspondencia y los papeles privados son inviolables, sólo pueden ser incautados por orden de autoridad competente, que es el Juez. De igual modo se garantiza la privacidad de las conversaciones y comunicaciones.

c) el domicilio se considera sagrado e inviolable, la persona extraña solo puede ingresar en él con autorización de quien mora o con orden del Juez competente salvo que en él se esté cometiendo delito *infraganti;*

d) los derechos y garantías consagrados por la Constitución en el estado de sitio, que es de excepción, no quedan en suspenso de hecho y en general, aunque la autoridad fundadamente podrá hacerlo contra los sindicados de alterar el orden público;

e) para garantizar la libertad de conciencia y el derecho a escoger la educación que se quiere la Constitución garantiza la libertad de enseñanza religiosa y la libertad de enseñanza en general;

f) se declara y garantiza la igualdad de hijos sin distinción de origen como el ejercicio de los derechos nacidos de esta igualdad;

g) se garantiza el secreto al voto como un derecho político personalísimo.

El Código Civil

Por su parte el Código Civil en lo que se refiere a los derechos personalísimos y de la intimidad establece:

a) el derecho al nombre que comprende el nombre individual, el apellido paterno y materno y se admite su cambio o rectificación siguiendo el trámite prescrito por ley;

Asimismo el hijo tiene derecho a llevar el peligro de su progenitor.

Se garantiza que la persona a quien se discuta el nombre que lleva o sufra algún perjuicio por el uso indebido de ese nombre que haga otra persona puede judicialmente pedir el reconocimiento de su derecho o la cesación de su uso lesivo;

b) toda persona puede negarse y rehusar someterse a un examen médico o someterse a un tratamiento médico quirúrgico, a menos que expresamente la ley le obligue o un reglamento administrativo por la naturaleza de su actividad;

c) se garantiza el derecho a la imagen, cuando sin autorización y consentimiento se exhibe o expone la imagen de una persona, el interesado, su cónyuge o descendiente o ascendiente puede pedir que el juez haga cesar el hecho lesivo;

d) se declara que toda persona tiene derecho a que sea respetado su buen nombre;

e) se garantiza el derecho a la intimidad, nadie puede perturbar la vida íntima de las personas;

f) se declara que los derechos de la personalidad son inherentes al ser humano, están fuera del comercio.

Todos estos derechos que proclama el Código Civil son inviolables, su desconocimiento confiere al damnificado la facultad de demandar penalmente la indemnización por el daño sufrido.

A su vez, el Código Penal tipifica como delitos estas violaciones:

a) los atentados contra la libertad de enseñanza;

b) el allanamiento de domicilio;

c) la violación de los papeles privados.

Recurso de Amparo

La demanda de Hábeas Corpus es para defender la libertad de las personas cuando se creyere indebida e ilegalmente perseguidas, detenidas, procesadas o presas. Para otras violaciones de los derechos, se tiene el Recurso de Amparo declarado por la Constitución en el artículo 19°, al tenor siguiente:

> "I. Fuera del recurso de hábeas corpus a que se refiere el artículo 18°, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen suprimir o restringir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.
>
> II. El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente – salvo lo dispuesto en el artículo 129° de esta Constitución (referente a las facultades del Defensor del Pueblo para este recurso), ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento o ante los jueces de Partido en las Provincias, tramitándoselo en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada.
>
> III. La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo anterior (Hábeas Corpus) a objeto de que preste información y presente en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.
>
> IV. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado y, a falta de ella lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente.
>
> La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos elevando de oficio su resolución ante el Tribunal Constitucional para su revisión en el plazo de veinticuatro horas.

> V. Las determinaciones previstas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observancia, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el Hábeas Corpus (delito contra las garantías constitucionales)".

De acuerdo al concepto constitucional, el Recurso de Amparo es una garantía constitucional que protege los derechos fundamentales que en la primera parte de este trabajo hemos visto, excepto la libertad que es objeto del Hábeas Corpus. Es un recurso amplio cuando los derechos mencionados son violados.

El Recurso de Amparo protege de modo general todos los derechos fundamentales que no están amparados por otras leyes. Pero aun en este caso, habiendo otra vía para la protección, si esta "no es inmediata" en reponer los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados procedería el Hábeas Data, pudiendo en la vía ordinaria seguirse un proceso por separado e independiente de este recurso. La vía ordinaria que señala la ley para reparar las violaciones de los derechos personalísimos e íntimos, de ninguna manera puede ser inmediata puesto que está sometida a todo un procesamiento, por ello entendiéndose bien los términos constitucionales: "contra actos ilegales u omisiones que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir"; y "siempre que no hubiere otro medio legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados", nos permite afirmar que el Recurso de Amparo en Bolivia puede aplicarse con Hábeas Data.

El Hábeas Data en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Oscar Raúl Puccinelli

1. Marco conceptual

Como ya lo explicamos en otra oportunidad[1], el registro de antecedentes, referencias o datos[2] relativos a las personas, si bien no es un fenómeno nuevo, no generó demasiados conflictos sino hasta el advenimiento de la denominada "era de las computadoras", la cual trajo consigo la "revolución informática" y otros cambios tan extraordinarios, que permiten -con escaso esfuerzo e inusitada facilidad- el almacenamiento, tratamiento y trasmisión de datos mediante bases[3] y bancos de datos[4].

Esta posibilidad de generar a través de las nuevas tecnologías gran cantidad y calidad de información, sumada a los notables avances en

1 Ver "Hábeas Data: aportes para una eventual reglamentación", en **E.D.**, 161-913.

2 El vocablo «dato» alude a un elemento circunscrito y aislado (v.gr., nombre o nacionalidad), que no alcanza a tener el carácter de información, pues para que se trasforme en ella se requiere la interconexión de esos datos de manera que, vinculados, se conviertan en una referencia concreta (v.gr., nombre y nacionalidad). Los actuales sistemas permiten, por ejemplo, entrelazar datos seleccionados y obtener las referencias solicitadas en pocos segundos, e incluso transferir lo deseado a la computadora de quien consulta.

3 Cuando los datos son agrupados de manera que forman una colección de información consistente en ensayos, números, diagramas y similares, organizada sistemáticamente de modo que pueda ser analizada por un computador electrónico, configuran una base de datos (cfr. ley japonesa 64/86, citada por Carlos Correa y otros: **Derecho informático**, Depalma, Bs. As., 1994, p. 302).

4 Cuando las bases de datos están organizadas en conjunto y son accesibles en línea (directamente de una computadora), sirviendo así para la consulta de datos de la más diversa índole, se trasforman en un banco de datos (cfr.: Correa y otros: ***op. cit.*** en nota 3, p. 299).

materia de telecomunicaciones, constituyen los ingredientes principales de un cóctel tan útil para quienes acceden a la información almacenada, como peligroso para los registrados en ella, especialmente por cuanto, aún cuando se pueda considerar a los datos almacenados como "inocentes" o carentes de importancia, la suma o entrelazamiento de ellos desde una o más bases o bancos de datos permite que, en la práctica, se llegue a desnudar la intimidad de las personas, haciendo ilusorias las garantías constitucionales[5].

La potencial explosividad de esta nueva situación —en especial cuando de información sensible se trata[6]—, sumada al hecho de que quien cuenta con buena información cuenta con una importante cuota de poder económico y político, ha llevado a la doctrina a hablar de un nuevo poder: el "poder informático"[7].

Así las cosas, muchas veces ocurren agudos conflictos entre los derechos de los registradores —que pregonan en su favor la "libertad informática"[8] — y los de los registrados —que oponen a aquella su "derecho a la autodeterminación informativa"[9] —, en especial, con los

5 Esta posibilidad ha sido bien descrita por Luis O. Andorno en "*La informática y el derecho a la intimidad*", **L.L.**, t. 1985-A, p. 1108.

6 Esta es la información que atañe, generalmente, a cuestiones íntimas de las personas (religión, raza, conducta sexual, opinión política, etc.), y se encuentra bien descrita por Sagüés en "El Hábeas Data Impacto de la Informática en la sociedad", **L.L.** t. 1987-E., p. 859 citada por Néstor Pedro Sagüés en "El Hábeas Data: alcances y problemática" conferencia pronunciada en la Universidad de Lima el 23/11/93, cuya trascripción textual en el Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente fue solicitada por el convencional constituyente por Santa Fe, Iván José María Cullen, al ser debatido en particular el texto constitucional del Hábeas Data, el 16/8/94.

7 Éste permite, entre infinidad de supuestos, entorpecer o agilizar transacciones comerciales; facilitar la formación o el combate de monopolios u oligopolios; dar marco para prevenir o preparar delitos; hacer proyecciones electorales; conocer y proporcionar aspectos íntimos de las personas, tanto para hostilizarlas como para venderles productos (pensemos solamente en la infinita información que tienen los sistemas de tarjetas de crédito), etc.

8 Pérez Luño entiende que éste es un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación (**Hábeas Corpus, amparo, Hábeas Data y acción de cumplimiento: normatividad vigente**, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 12).

9 Tal derecho garantiza la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad —lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados—, y disponer sobre su trasmisión (Antonio E. Pérez Luño, "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en Mario Losano y otros, **Libertad informática y leyes de protección de datos personales**, CEC, Madrid, 1989, p. 140, citado en **Hábeas Corpus, amparo, Hábeas Data y acción de cumplimiento: normatividad vigente**, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 12).

derechos a la intimidad, al honor, a la propia imagen, a la identidad; e incluso con otros, como el derecho de propiedad, potencialmente amenazado si se diera a conocer datos legítimamente almacenados pero que deben permanecer en reserva (v.gr., la fórmula química de un producto, la composición patrimonial o los detalles relativos a los negocios de una empresa, etc.).

A los efectos de poner algunos límites a los problemas generados, se han creado algunos mecanismos especiales, entre los cuales se cuentan los procedimientos secretos de carácter judicial o administrativo (v.gr., Constitución del Brasil, Art. 5°, numeral LXVII) y el Hábeas Data ("presenten los datos"), que no es más que un amparo especializado, cuya misión consiste en brindar protección inmediata y efectiva a los derechos fundamentales afectados por las prácticas de almacenamiento, procesamiento y suministro de datos[10], y que pueden estar consagrados a nivel constitucional o legal, según el ordenamiento de que se trate[11].

Desde las primeras constituciones que se ocuparon de la problemática de la protección de datos personales -España[12] y Portugal[13]-, es conocido el proceso de recepción de estas normas en diversas constitu-

10 Cabe recordar que el concepto de protección de datos ha variado, pues en los primeros años de aplicación de las leyes de protección de datos la discusión se centraba en la antítesis «vida privada versus computadoras». En el actual estado tecnológico, la protección de datos es una síntesis de los intereses individuales y sociales en juego (cfr.: Paul Sieghart: ***Legislation and data protection. Proceedings on the Roma Conference of problems relating to the development and aplication of legislation on data protection***, Council of Europa, Camera dei Deputati, Roma, 1983, p. 16, citado por Correa y otros, ***op. cit.*** en nota 3, p. 249).

11 Algunos autores sostienen que la incorporación constitucional es innecesaria, pues para proteger los derechos basta con regular adecuadamente el proceso de amparo; además, una inadecuada actuación judicial, así como una mala regulación procesal, podrían propiciar excesos que afecten la libertad de expresión (**Hábeas Corpus...**, ***op. cit.*** en nota 9, p. 13).

12 "Art. 18°.- [...] 4) La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

13 «Art. 35°.- "1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de los datos constantes en ficheros o registros informáticos a su respecto y del fin a que se destinan, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley sobre secreto de Estado y secreto de justicia.

2. Es prohibido el acceso a ficheros y registros informáticos para conocimiento de datos personales relativos a terceros y respectiva interconexión, salvo en casos excepcionales previstos en la ley.

3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se

ciones latinoamericanas[14], entre las cuales se ha colocado recientemente la Argentina, a nivel federal, y de las autonomías locales.

En lo que hace a este trabajo, centraremos la cuestión en los aspectos relativos a las regulaciones habidas en las provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comparándolas con la norma establecida a nivel federal, para determinar sus respectivos alcances.

---

trate de procesamiento de datos estadísticos no individualmente indentificables.

4. La ley define el concepto de datos personales para efectos de registro informático, bien como de bases y bancos de datos y respectivas condiciones de acceso, constitución y utilización por entidades públicas y privadas.

5. Es prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.

6. La ley define el régimen aplicable a los flujos de datos trasfronteras, estableciendo formas adecuadas de protección de datos personales y de otros cuya salvaguarda se justifique por razones de intereses nacionales.»

(La versión original prescribía: «Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de datos, así como su actualización. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. Se prohíbe atribuír un número nacional único a los ciudadanos»).

14 Brasil: «Art. 5°.- [...] (LXXII) Se concede Hábeas Data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante contenidas en registros o bancos de datos, de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo». [...] (LXVII) «Serán gratuitas las acciones de Hábeas Corpus y Hábeas Data y, en la medida en que la ley lo disponga, los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía».

Colombia: «Art. 15°.- Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución».

Guatemala: «Art. 31°.- Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos».

Paraguay: «Art. 135°.- Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos».

Perú: «Art. 200°.- Son garantías constitucionales: [...] 3) La acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Art. 2°, incs. 5 y 6, de la Constitución».

2. La protección de datos personales en la Argentina.

Hasta la regulación realizada por el Art. 43° de la Constitución Argentina —que se limita al Hábeas Data[15] y aún no cuenta con ley reglamentaria[16]— a nivel federal se debatieron varios proyectos normativos tendientes a regular el tratamiento de datos.

En el ámbito provincial, a partir del proceso constituyente pre y postrreformista que arrancó con el regreso a la democracia en 1983, varias constituciones se ocuparon -aunque con distintos alcances- de ciertos aspectos relativos a los datos personales, en particular regulando el Hábeas Data[17].

Mientras algunas provincias consideraron en sus constituciones sólo un aspecto de la protección de datos personales, ocupándose de los antecedentes policiales y penales (La Rioja, Salta y San Juan), o de establecer el derecho de acceso a las fuentes de información (Catamarca y Formosa -además de Río Negro y San Luis, que por otra parte también regularon el Hábeas Data-), otras fueron más allá, consagrando al Hábeas Data como acción específica de garantía (Buenos Aires —Ciudad Autónoma y provincia—, Córdoba, Chaco, Chubut, La Rioja, Jujuy,

«Art. 2°. Toda persona tiene derecho [...] 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.[...] 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar.». Cabe apuntar que a poco de entrar en vigencia la Carta de 1993, su primera reforma suprimió la remisión al Art. 2°, Inc. 7 de la Constitución, que regulaba la garantía (ordinariamente denominado "derecho") de réplica.

15 "Art. 43°.-[..] Toda persona podrá interponer esta acción (se refiere a la de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

16 El 27 de noviembre de 1996, el Congreso de la Nación sancionó el proyecto de ley n° 24.745, que incluía una primera parte donde regulaba aspectos relativos al tratamiento de datos personales en general y también el Hábeas Data, pero fue vetado en su totalidad por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1996, que a su vez remitió a las Cámaras una iniciativa propia al respecto, y que aún no ha sido objeto de tratamiento legislativo.

17 Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "Art. 16°.- Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga.

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.
El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística."
Provincia de Buenos Aires: «Art. 20°.- Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:[...] 3. A través de la garantía de Hábeas Data, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o bancos de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.
Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.»
Catamarca: «Art. 11°.- La libertad que antecede [de expresión] comprende el libre acceso a las fuentes de información. Prohíbese el monopolio de la información gubernativa y el funcionamiento de oficinas de propaganda de la labor oficial».
Córdoba: «Art. 50°.- Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro, la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos».
Corrientes: «Art. 184°.- Hasta tanto se dicte la legislación pertinente, se aplicará el régimen de la Ley de Amparo para la efectiva protección inmediata y expeditiva de los derechos y garantías contenidos en las cláusulas operativas de los tratados y convenciones internacionales, que hayan sido objeto de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina, sin que puedan incluirse o comprenderse otros reclamos con tal motivo».
Art. 185°.- Mientras no se dicte la ley reglamentaria de una libertad o garantía declarada por esta Constitución y la omisión sea irrazonable, quien se considere afectado por ella en su derecho individual o colectivo podrá solicitar y deberá obtener que la garantía o libertad integre el orden normativo, con efecto limitado a la contienda judicial y al solo fin de decidirla».
Chaco: Art. 19° [...] Toda persona tiene derecho a informarse de los datos que sobre sí mismo, o sobre sus bienes, obren en forma de registros o sistemas oficiales o privados de carácter público; la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su actualización, corrección, supresión o confidencialidad.
Tales datos no podrán ser utilizados con fines discriminatorios de ninguna especie.
No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística [...]».
Chubut: «Art. 56°.- Toda persona puede interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o en los privados destinados a proveer informes, y en caso de error, omisión, falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No puede afectarse el secreto de la fuente de información periodística.»
Formosa: «Art. 10°.- [...] Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho al libre acceso a las fuentes de información.»
Jujuy: «Art. 23°.- [...] 6) Todas las personas tienen derecho de tomar conocimiento de lo que constare a su respecto en los registros provinciales de antecedentes personales y del destino de esas informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos. Queda prohibido el acceso a terceros a esos registros, así como su comunicación o difusión, salvo en los casos expresamente

previstos por la ley. [...] 8) El procesamiento de datos por cualquier medio o forma nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respecto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos».

La Pampa: "Art. 17°.- Los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por las Constituciones de la Nación o de la Provincia, y si no hubiere reglamentación o procedimiento legal, arbitrarán a ese efecto trámites breves."

La Rioja: «Art. 30°.- La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los habitantes y el pleno ejercicio de sus derechos. Las autoridades policiales sólo proporcionarán antecedentes penales de los habitantes en los casos previstos por la ley».

Río Negro: «Art. 20°.- La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuída por cualquier medio físico o electrónico, debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. La ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguardia de la seguridad, apertura de los registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento».

«Art. 26°.- [...] Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho del libre acceso a las fuentes públicas de información».

Salta: «Art. 22°.- [...] Las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley».

San Juan: "Art. 26°.- Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de lo que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización. No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para fines estadísticos no identificables».

Art. 27°.- Todos los habitantes tienen derecho a que se les informe veraz y auténticamente sin distorsiones de ningún tipo, teniendo también el derecho al libre acceso a las fuentes de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. El tiempo de la reserva se fijará por ley. Los registros de antecedentes personales harán figurar en las certificaciones que emitan solamente las causas con condenas no cumplidas contra el interesado, salvo solicitud de autoridad judicial o del mismo interesado. No hay restricción alguna para introducir publicaciones, distribuírlas en el interior de la Provincia, programar, organizar y asistir a congresos de carácter provincial, nacional o internacional. La información en todos sus aspectos es considerada como de interés público".

San Luis: «Art. 21°.- [...] Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a tomar conocimiento de lo que de ellos conste en registros de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos".

Santa Cruz: "Art. 15°.- "Los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido en la Constitución Nacional y ésta, si no hubiera reglamentación o procedimiento legal, arbitrará a ese efecto trámites breves."

Art. 18°.- Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto, o sufriere perjuicio material, moral o político, por falta de cumpli-

Río Negro, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego), aunque con diseños bien diversos.

Además de la regulación constitucional, o en vez de ella, algunas provincias asumieron el tema en la legislación subconstitucional (v.gr., Tucumán y Jujuy).

Así las cosas actualmente en todo el territorio de la nación argentina rige el Art. 43° de la Constitución nacional (que por su propia formulación es una norma operativa), aunque en coexistencia con algunas regulaciones provinciales.

Tal superposición de regulaciones no ha provocado –aunque podría haberlo hecho- conflictos jurídicos en la práctica, en particular porque el diseño constitucional argentino permite que las provincias establezcan regulaciones más tuitivas de los derechos de los habitantes que las vigentes a nivel federal, siempre que respeten el diseño mínimo establecido por la Constitución nacional, y en todo aquello que regulen de menos respecto de la Carta federal, resultan superadas normativamente[18].

De tal suerte, el Hábeas Data federal —cuyos alcances están en pleno debate doctrinario y jurisprudencial[19]— rige en todas las provincias, y en aquellas en las que está regulado, sea a nivel constitucional o subconstitucional, también tienen vigencia tales normas, siempre en todo aquello en que no exista incompatibilidad con la norma federal.

Nos ocuparemos a continuación de establecer las semejanzas y diferencias entre cada regulación local y la federal.

2.1. Regulación federal

Al tratar las garantías jurisdiccionales de Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, el Art. 43° de la Constitución argentina establece, en su

miento del deber, puede demandar ante los Tribunales su ejecución inmediata y el Tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución".

Tierra del Fuego: "Art. 45°.- Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro y la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Esos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase, ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando éstos tengan un interés legítimo".

18 Esta conclusión parte del propio diseño de la Constitución argentina, en la cual las provincias han delegado en el Estado federal más poder para regular las relaciones civiles que la Constitución norteamericana, sin duda su fuente más relevante.

19 Ver al respecto el trabajo de Néstor P. Sagüés: **Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo**, Astrea, Buenos Aires, 1996, cap. XXVII.

tercer párrafo, que "Toda persona podrá interponer esta acción (la de amparo, regulada por los dos párrafos anteriores) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

La norma, como fuera mencionado, no fue objeto de reglamentación, aunque tal proceso se encuentra avanzado, pues el 27 de noviembre de 1996, el Congreso de la Nación sancionó el proyecto de ley n° 24.745 (que incluía una primera parte donde regulaba aspectos relativos al tratamiento de datos personales en general y también el Hábeas Data), que fue vetado en su totalidad por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1996, remitiendo a las Cámaras una iniciativa propia al respecto, que aún no ha sido objeto de tratamiento legislativo.

2.2. Regulaciones estaduales

2.2.1.Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La reforma constitucional federal argentina de 1994 creó la nueva figura de la "Ciudad Autónoma de Buenos Aires", donde geográficamente se asienta la Capital Federal. Este nuevo Estado goza de un *status* constitucional especial, asimilado a una provincia[20].

A partir de esta prescripción constitucional, en 1996 se dictó un peculiar Estatuto-Constitución (o en los propios términos de su Preámbulo, una "Constitución como estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires"), que reprodujo similarmente las acciones jurisdicciona-

20 En este sentido, el nuevo Art. 129° de la Constitución nacional es el producto de una cláusula parcialmente insertada en el "Pacto de Olivos" (que sirviera de preludio para la reforma constitucional), y, como explica Sagüés, citando a García Lema, Dromi y Menem, trae como consecuencia que la ciudad de Buenos Aires goce ahora de un status constitucional especial, ya que es más que un municipio -al tener explícitos poderes de legislación y jurisdicción- pero menos que una provincia, aunque a veces se asimila a una de ellas. Es, en verdad, una semiprovincia o cuasi provincia, cuyo territorio está íntegramente federalizado conforme al Art. 3° de la Constitución federal (Néstor P. Sagüés, **Introducción y comentario a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 23 y 24).

les de garantía pergeñadas por el constituyente nacional dos años antes (Arts. 14° a 16°).

Así, en lo que respecta al Hábeas Data, el Art. 16° de la Carta Fundamental establece que:

> "Toda persona tiene, mediante una acción de amparo, libre acceso a todo registro, archivo o banco de datos que conste en organismos públicos o en los privados destinados a proveer informes, a fin de conocer cualquier asiento sobre su persona, su fuente, origen, finalidad o uso que del mismo se haga".

También puede requerir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión, cuando esa información lesione o restrinja algún derecho.

El ejercicio de este derecho no afecta el secreto de la fuente de información periodística."

Poco antes, el Art. 13° Inc. 8 —al tratar la libertad física—, establece que el secuestro de papeles, correspondencia e información personal almacenada sólo pueden ser ordenados por el juez competente[21].

Como se verá, el tratamiento de la información personal recibe en este caso, una tutela especial.

El Hábeas Data es considerado un subtipo de amparo, y contiene ciertas precisiones que no se observan en la norma nacional.

Por ejemplo, respecto del primer tramo del Hábeas Data, el Art. 16° del Estatuto-Constitución alude al "libre acceso" al lugar donde se encuentran los datos (la norma nacional habla sólo de "conocer" lo que conste registrado, lo que no es necesariamente lo mismo).

De otro lado, la norma local no sólo alude a conocer el asiento que se haya realizado sobre su persona, sino además su fuente, origen, finalidad o uso (el Art. 43° de la Constitución sólo refiere a conocer el dato y su finalidad), pero siempre con el coto que significa, al igual que en la norma nacional, que el ejercicio de este derecho no puede afectar el secreto de la fuente de información periodística.

Con relación al segundo tramo -esto es, una vez conocidos los datos, qué puede hacerse con ellos-, la norma toma casi textualmente los

21 Poco después, en el Art. 43° –al ocuparse de la tutela de consumidores y usuarios- establece que éstos tienen derecho de acceder a la información transparente, adecuada y veraz.

objetivos expresados en la Constitución nacional (actualización, rectificación, confidencialidad o supresión).

Finalmente, en una extensión más generosa que la establecida en la norma nacional, para el funcionamiento del Hábeas Data no requiere que exista falsedad del dato o discriminación del registrado, pues sólo es necesario, para que la garantía opere, que esa información "lesione o restrinja algún derecho".

2.2.2. Provincia de Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, el Art. 20°, Inc. 3 de la Constitución (reformada en 1994), consagra al Hábeas Data dentro de las garantías jurisdiccionales -no la trata como subtipo de amparo-, remitiendo todo lo relativo a su procedimiento a una futura ley reglamentaria, pero aclarando que se trata de una norma operativa, y que en ausencia de reglamentación, los jueces deben resolver sobre la procedencia de las acciones que se promuevan en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar.

En cuanto al sujeto activo, al igual que la norma nacional, la Constitución provincial refiere a "toda persona" respecto de la cual consten datos, sin hacer distinciones.

Lo mismo ocurre con relación al sujeto pasivo, ya que alude a todo registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes.

Con respecto a los derechos que se conceden al registrado, son prácticamente los mismos que los reconocidos en la norma nacional, pues refiere al conocimiento de los datos, de la finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación, e incluso la confidencialidad[22].

Prohíbe luego el registro de datos con fines discriminatorios —claramente prohibidos por la norma nacional— y coincide en que no podrá afectarse el secreto de las fuentes de la información periodística, aunque extiende la prohibición al contenido mismo de la información.

22 Si bien no menciona la palabra "confidencialidad", de todas maneras dice que los datos no podrán proporcionarse a terceros, salvo que tengan un interés legítimo, lo que es lo mismo.

Finalmente, en lo que puede entenderse como una cláusula que permite una amplia tutela y supera en tal sentido a la norma nacional —aunque confunde Hábeas Data con informática—, la norma local, siguiendo el esquema trazado por el Art. 18° de la Constitución Española, aclara finalmente que el uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos, pero no dice —aunque bien podría sobreentenderse— que tampoco puede producirse esta vulneración por registros no informatizados.

2.2.3. Provincia de Catamarca

En lo que a este trabajo atañe, el Art. 11° de la Constitución catamarqueña establece en primer lugar que la libertad de expresión comprende el libre acceso a las fuentes de información y luego prohibe el monopolio de la información gubernamental.

Si bien la norma no regula el Hábeas Data, lo cierto es que alude a uno de los derechos de los productores de datos, cual es el de recabar la información, prohibiendo, como lógica consecuencia de lo anterior, el monopolio informativo.

De esta forma se asegura tanto los derechos de los particulares, como la libertad de expresión, que se traduce lógicamente en la libertad de prensa y se proyecta en tutela del orden democrático.

La prohibición del monopolio de la información gubernamental tiende también al mismo objetivo, y a su vez evita la manipulación de dicha información -oficial o privada-, que puede provocar no sólo la distorsión de ésta, originando desigualdades de todo tipo, sino también el indebido acceso a información relativa a las personas.

2.2.4. Provincia de Córdoba

El Art. 50° de la Constitución cordobesa regula al Hábeas Data. Es una norma anterior a la reforma constitucional nacional y padece de algunos aspectos objetables.

En primer lugar, cuando establece que "toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro", abre el camino a diferentes interpretaciones, de suerte tal que, según como se interprete la palabra "registro", puede o no avanzar indebidamente sobre derechos y libertades de terceros.

Si se trata de un sinónimo de "asiento" (según la terminología del Estatuto—Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de un "lugar donde se producen anotaciones", podría verificarse una incursión en la intimidad del registrador, y consecuentemente resultaría inconstitucional acceder a cualquier sitio donde figuren datos personales (v.gr., un ordenador), pues mientras ese lugar donde se anota ese asiento no trascienda, o no esté preparado para trascender más allá de quien es su titular o de quien lo asentó, se encuentra protegido por la cláusula constitucional que establece la inviolabilidad de los papeles privados.

Si la palabra "registro", por el contrario, se refiere a un "sitio u oficina donde se registra" cuya función específica es la de recabar información de terceros con una aptitud para trascender a otras personas distintas de quien recepta los datos, entonces sí parece atinado que se otorgue el derecho a conocer los datos personales registrados.

Hecha esta salvedad, resulta coherente —y ello a su vez empalma con lo establecido a nivel federal— que se exija la determinación por parte del registrador respecto de la finalidad a que se destina esa información. Lo mismo ocurre con el derecho a exigir su rectificación y actualización.

La prohibición de registrar datos con propósitos discriminatorios es coherente, aunque innecesaria, pues de hecho ello es ilegal a la luz de la Constitución nacional y la local, además de los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la Argentina incluídos aquellos que ostentan jerarquía constitucional conforme lo establecido en el Art. 75° Inc. 22 de la Carta federal.

La misma suerte corre la prohibición de que los datos sean proporcionados a terceros excepto cuando tengan un interés legítimo, aunque coincide con el derecho a obtener la confidencialidad de los datos establecido en el Art. 43° de la Constitución nacional.

Con relación a la disposición final que alude a que la ley reglamentará el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos, es una regla plausible, pero tal vez hubiera merecido otra ubicación, pues no se refiere específicamente al Hábeas Data, sino al derecho informático en general, del cual el Hábeas Data es una minúscula -aunque importante- parte.

Esta norma ha sido observada en ciertos aspectos por alguna doctrina, y como bien se ha dicho: "Se advierte claramente por la redacción que las personas jurídicas se hallan excluidas -no estamos de acuerdo con ello porque en la norma se legitima a "toda persona"-, que la cancelación de datos no ha sido prevista (aunque se aplica la norma nacional) y la misma confusión informática que se produjo en la norma bonaerense"[23].

2.2.5. Provincia de Corrientes

Si bien la Constitución correntina no regula al Hábeas Data, trae dos cláusulas abiertas (Arts. 184° y 185°) que permiten su construcción doctrinaria y jurisprudencial.

El primero de los artículos mencionados establece que se aplicará el régimen de la Ley de Amparo para la efectiva protección inmediata y expeditiva de los derechos y garantías contenidos en las cláusulas operativas de los tratados y convenciones internacionales, que hayan sido objeto de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina.

Para extraer al Hábeas Data de allí, basta con encontrar un derecho lesionado cualquiera por la manipulación de datos y aplicarle el régimen del amparo —del cual el Hábeas Data es un subtipo especializado—. Nada más, y nada menos.

La disposición analizada se complementa y refuerza con la posibilidad apuntada por el Art. 185°, cuando establece que mientras no se dicte la ley reglamentaria de una libertad o garantía declarada por la Constitución y la omisión sea irrazonable, quien se considere afectado por ella en su derecho individual o colectivo podrá solicitar y deberá obtener que la garantía o libertad integre el orden normativo, con efecto limitado a la contienda judicial y al solo fin de decidirla.

Si bien esta construcción parecía de suma utilidad con anterioridad a la reforma constitucional nacional de 1994 ante la falta de regulación federal, tal modificación no la torna ahora inútil, porque el Art. 43° de la Constitución federal establece un perfil de Hábeas Data que tiene sus límites, y como ya se ha dicho, bien podría crearse en el ámbito provincial una figura más generosa a partir de las disposiciones precitadas.

---

23 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 33.

2.2.6. Provincia del Chaco

El Art. 19° de la Carta chaqueña regula expresamente al Hábeas Data de una manera bastante detallada y similar a lo dispuesto en el orden federal.

En primer lugar, estipula que toda persona tiene derecho a informarse de los datos que obren registrados sobre sí mismo, o sobre sus bienes. El agregado referido a los bienes se incluyó para disipar las dudas sobre si sólo los datos relativos a la persona incluía o no aspectos patrimoniales (aunque para nosotros se encuentra comprendido en los datos de índole personal), indudable aunque implícitamente contemplados en el Art. 43° de la Constitución nacional.

Con relación al sujeto pasivo, la norma alude a los registros o sistemas oficiales o privados de carácter público, con una terminología que, si bien distinta, se acerca conceptualmente a la norma federal.

Con respecto al objeto de la garantía, establece —además del derecho de informarse acerca de los datos— que el registrado puede conocer la finalidad a que se destine esa información, y también exigir su actualización, corrección, supresión o confidencialidad. En esto sigue al pie de la letra a la Carta federal.

Lo mismo ocurre cuando establece que los datos no podrán ser utilizados con fines discriminatorios de ninguna especie y que no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Finalmente la norma declara su operatividad y la necesaria adecuación de las normas procesales vigentes mientras no sea dictada una ley reglamentaria, y establece sanciones a los jueces y funcionarios que omitan aplicarla directamente.

Si bien acordamos con Falcón en que la garantía —al menos en su literalidad— se extiende a los bienes y se establecen sanciones para el caso de incumplimiento de órdenes judiciales, no nos parece que la no especificación de las personas jurídicas como sujetos legitimados lleve inexorablemente a considerar que en esta provincia se limita el derecho a las personas físicas[24].

24 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 33.

2.2.7. Provincia del Chubut

El Art. 56° de la Constitución del Chubut regula expresamente al Hábeas Data con una técnica casi idéntica a la de la norma federal, cuando establece que: "Toda persona puede interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o en los privados destinados a proveer informes, y en caso de error, omisión, falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No puede afectarse el secreto de la fuente de información periodística.»

La única variante que se advierte es que se agregan las palabras "error" y "omisión" para caracterizar la conducta lesiva del sujeto pasivo del Hábeas Data, ampliando así el espectro protectivo de la norma a otros supuestos, ya que error no necesariamente equivale a falsedad, y una omisión puede provocar distintos efectos (entre ellos, la discriminación).

2.2.8. Provincia de Formosa

La Constitución formoseña no ha incorporado la figura del Hábeas Data, pero en su Art. 10° se ocupa de establecer que todos los habitantes de la provincia gozan del derecho al libre acceso a las fuentes de información, regulando así aspectos relativos a la actividad del colector de datos.

2.2.9. Provincia de Jujuy

El Art. 23° de la Constitución jujeña establece, en su Inc. 6, que todas las personas tienen derecho de tomar conocimiento de lo que constare a su respecto en los registros provinciales de antecedentes personales y del destino de esas informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos.

Esto abre la perspectiva de un Hábeas Data con un sujeto pasivo reducido al campo oficial y de un derecho —también restringido— a la mera rectificación de datos. Sin embargo, la operatividad de la norma federal supera normativamente a esta previsión, con lo cual debe ampliarse la protección a los registros o bancos de datos privados des-

tinados a proveer informes, y los derechos de los registrados, a los demás establecidos en el orden nacional.

La ulterior prohibición de acceso de terceros a esos datos, así como de su comunicación o difusión salvo en los casos expresamente previstos por la ley, constituye una explicitación del principio de confidencialidad regulado por la norma federal.

Pasando al Inc. 8 del citado Art. 23°, éste incursiona en un terreno bastante trabajado por la doctrina, cual es el relativo a la "información sensible", cuando establece: "El procesamiento de datos por cualquier medio o forma nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respecto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos".

Pese a la evidente buena intención del constituyente, esta norma puede pecar de inconstitucionalidad en el caso concreto, pues resulta obvio que algunos sujetos se encuentran razonablemente habilitados para tratar los datos previamente mencionados (v. gr., filiación partidaria, por ciertos registros electorales, o creencias religiosas, por los registros nacionales de cultos, etc.).

En esta provincia, se ha dictado una ley que establece el "amparo de Hábeas Data". Explica Sagüés al comentarla, que:

> "la reciente Ley N° 4444 de Jujuy reglamenta la publicidad de los actos de gobierno y el libre acceso a la información del Estado [...].
>
> Ahora bien, el Art. 12° establece el amparo de Hábeas Data, al disponer que "al solo efecto de satisfacer su necesidad informativa denegada -expresa o tácitamente- por autoridad competente, el afectado podrá recurrir en amparo de su derecho ante el organismo judicial competente, de acuerdo a lo previsto por la Constitución de la provincia (Arts. 39°, 41° y concs.) y conforme al régimen procesal en la materia (Ley N° 4442).
>
> En concreto, la ley en cuestión no crea un nuevo régimen procesal de amparo, sino que especifica o aplica el amparo vigente (Ley N° 4442) al caso del ejercicio del derecho a informarse. La metodología parece correcta: no se trata de multiplicar las

acciones de amparo, sino de proyectar la existencia de amparo a la realización de un derecho constitucional"[25].

Comentando ambas normas, expresa Falcón con respecto a la Constitución nacional, "se agrega la excepción al Hábeas Data por vía estadística impersonal, y claramente expone la prohibición de usar el procesamiento de datos (por vía informática o cualquier otra) de modo discriminatorio. Además en esta provincia se dictó una ley reglamentaria, la N° 4444, que en su artículo 10° dispone que el derecho de libre acceso a las fuentes de información pública puede ejercerlo toda persona física o jurídica, radicada en la provincia, sin que sea necesario indicar las razones que lo motivan, y de esta manera clarifica la legitimación por un lado y se extiende claramente la procedencia del recurso[26].

2.2.10. Provincia de La Rioja

Si bien la Constitución riojana no regula al Hábeas Data puntualmente, su Art. 30° reconoce los problemas que para los derechos de las personas involucradas en el tratamiento de datos ocasiona a la informática en general, y consecuentemente estipula que la ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los habitantes y el pleno ejercicio de sus derechos.

Establece además la confidencialidad de ciertos datos, al mencionar que las autoridades policiales sólo proporcionarán antecedentes penales de los habitantes en los casos previstos por la ley.

2.2.11. Provincia de La Pampa

El Art. 17° de la Constitución pampeana establece que los jueces prestarán Amparo a todo derecho reconocido por las constituciones de la nación o de la provincia, "y si no hubiere reglamentación o procedimiento legal, arbitrarán a ese efecto trámites breves".

---

25 Néstor P. Sagüés: **Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo**, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 665/6.

26 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 35.

Esta disposición obviamente es utilizable para el caso del Hábeas Data, cuando, conforme a las pautas atributivas de competencia, corresponda intervenir a la justicia provincial.

2.2.12. Provincia de Río Negro

La Constitución rionegrina de 1988 reguló expresamente al Hábeas Data -sin llamarlo así- en su Art. 20° y dentro de un esquema de protección general a los datos personales adopta los diez principios comunes a las primeras normas europeas sobre datos personales:

a) el de la justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables;

b) el de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir, con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección;

c) el de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales;

d) el de especificación del propósito o la finalidad, para que los datos no sean usados con fines diferentes;

e) el de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal;

f) el de salvaguarda de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado;

g) el de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales;

h) el de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos;

i) el de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación;

j) el de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos.

Por cierto que la mayoría de estos principios son jurídicamente inobjetables, pero otros denotan un excesivo intervencionismo.

Así, si al principio de limitación de la recolección —que requiere el consentimiento del sujeto para la incorporación de cada dato—, se lo llevara a la práctica en forma estricta, se condenaría a los bancos de datos a la desaparición.

De otro lado, la limitación en el tiempo también es objetable, pues puede ocurrir que datos que hoy ya no son útiles mañana lo sean, con lo cual, en principio, no tiene sentido su destrucción. Finalmente, la imposibilidad de uso de los datos recolectados con otros fines distintos a los que motivaron su recolección también parece un exceso, pues la alternativa de que fructifiquen en otros aspectos, si no se trata de datos que deban ser mantenidos en confidencialidad o que puedan perjudicar a sus registrados, nos parece objetable.

Además de la disposición precedentemente analizada, cabe mencionar que el Art. 26° de la Carta, al igual que varias similares de otras provincias, establece que todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho del libre acceso a las fuentes públicas de información.

2.2.13. Provincia de Salta

Si bien la Constitución salteña no regula el Hábeas Data, se ocupa de establecer, en su Art. 22°, el principio de confidencialidad de ciertos datos recabados por la Administración pública, cuando menciona que las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley.

2.2.14. Provincia de San Juan

La Carta sanjuanina posee dos disposiciones vinculadas con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, su Art. 26° se ocupa de regular el Hábeas Data cuando concede a todo ciudadano el derecho a tomar conocimiento de lo que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

Esta primera parte de la norma padece de ciertas deficiencias, que obviamente son superadas normativamente por la Carta federal.

Entre ellas, cabe mencionar, por un lado, que al aludir a "todo ciudadano", excluye a las personas jurídicas, que no pueden ostentar tal carácter. Por el otro, el derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registro sobre su persona puede resultar excesivo, como ya lo expresamos con anterioridad, si se entiende por registro cualquier asiento de dato, sin importar su titular (podría en este sentido, vulnerarse la inviolabilidad de los papeles privados del registrador).

El derecho a conocer la finalidad del registro no presenta problemas, pero los derechos de rectificación y de actualización son insuficientes frente a la norma federal, que la supera expresamente en los derechos de cancelación y confidencialidad.

La parte final del artículo, al prohibir el uso de la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para fines estadísticos no identificables, si bien tiene una finalidad loable, peca por defecto, pues como ya fuera explicado, ciertos organismos pueden, natural y legítimamente, tratar algunos de esos datos.

De otro lado, el Art. 27° alude al derecho a la información veraz y al libre acceso a las fuentes de información, con la excepción de los asuntos vitales para la seguridad del Estado, punto que actualmente se discute si es aplicable o no como causal de restricción al Hábeas Data.

Luego menciona que el tiempo de la reserva se fijará por ley, y regula la forma de registro de los antecedentes penales, autorizando a que se haga constar solamente las causas con condenas no cumplidas contra el interesado, salvo solicitud de autoridad judicial o del mismo interesado.

Finalmente, menciona que la información en todos sus aspectos es considerada como de interés público.

Al comentar la norma, explica Falcón que: "En primer lugar el artículo 26° en su primera parte acierta cuando utiliza la palabra "registro" en sentido general (sin necesidad de hacer una enumeración taxativa de archivos, bancos de datos, etc.), aunque este artículo y toda su normativa está exclusivamente destinado a las personas físicas [...]. Luego, al igual que la Constitución de la provincia de Buenos Aires confunde el Hábeas Data con la informática [...]"[27].

27 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento**. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 37.

2.2.15. Provincia de San Luis

La carta de esta provincia consagra, en su Art. 21°, algunos aspectos del Hábeas Data, al establecer que todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a tomar conocimiento de lo que de ellos conste en registros de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información de la que se obtienen los datos respectivos.

Como se observará, al aludir a "habitante", limita a la legitimación activa a las personas físicas, y al otorgar solamente el derecho a conocer los datos, la fuente de información y la finalidad de los registros, se queda a mitad de camino, pues resulta obvio que le faltó establecer qué más puede hacer el registrado si se produce alguna violación de sus derechos por la actividad reseñada.

Al analizar esta regulación, indica Falcón que "la limitación a la persona física por un lado, los registros privados excluídos y la falta de previsión sobre las fuentes de información periodística son tres errores de esta norma [...]"[28].

2.2.16. Provincia de Santa Cruz

El Art. 15° de la Constitución santacruceña -de manera similar que la pampeana- ordena a los jueces prestar Amparo a todo derecho reconocido en la Constitución Nacional y establece que si no hubiera reglamentación o procedimiento legal, arbitrará a ese efecto trámites breves.

Resulta tal vez obvio expresar que cuando se demande en la justicia provincial por vía de Hábeas Data, se debe recurrir a esta norma para su articulación.

2.2.17. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

El Art. 45° de la carta fueguina se ocupa puntualmente del Hábeas Data, aunque también peca por defecto por cuanto sólo adjudica a toda persona el derecho a conocer lo que de ella conste en forma de

28 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento.** Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 38.

registro -reiteramos aquí que podría colisionar con la inviolabilidad de los papeles privados de su registrador- y la finalidad a que se destine esa información.

Cuando establece que la persona perjudicada puede exigir su rectificación y actualización, peca de mezquina, pues no previó el derecho de cancelación, que ahora sí está contemplado en la norma federal.

La facultad de confidencialización se esboza al final de la segunda parte del artículo, cuando dice que esos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase, ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando éstos tengan un interés legítimo.

2.2.18. Provincia de Tucumán

Si bien la carta tucumana no alude al Hábeas Data, bien ha señalado Falcón que sobre la base del proyecto Díaz Ricci se ha elaborado un Código Procesal Constitucional, que regula el Hábeas Data como una especie del amparo –reglado por el artículo 34° de la Constitución provincial- sin distinguir si el acto es del poder público o de particulares[29].

3. Reevaluación

De las normas revisadas podemos observar que, de la misma forma que las garantías de rectificación y respuesta (ambas aristas del mal rotulado derecho de réplica, y subtipos de amparo) apuntan fundamentalmente a proteger el honor, la reputación y la propia imagen –e incluso para algunos también los derechos a la identidad y a la intimidad-, la acción de Hábeas Data puede proteger uno o más derechos.

Sin embargo, por lo general, las normas constitucionales sobre protección de datos personales y Hábeas Data han limitado su radio de acción aludiendo no a derechos tutelados sino a tipos de datos tratados, como los relativos a la fe religiosa, a las convicciones políticas y a la vida privada (Portugal y San Juan); al honor y la intimidad (España); a la intimidad personal y familiar y al buen nombre (Colombia); a la

29 Enrique M. Falcón: **Hábeas Data. Concepto y procedimiento.** Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 38.

filiación política (Guatemala); al honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos (provincia de Buenos Aires, Córdoba, La Rioja y Río Negro).

Otras optan por referir a aquellos datos que sean falsos (provincia de Buenos Aires y Chubut), erróneos (Chubut), omisivos (Chubut) o que tengan por finalidad discriminar (Buenos Aires, Chaco y Chubut), siguiendo la línea trazada por la reforma constitucional argentina de 1994.

En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se precisa mejor la cuestión, definiendo que el Hábeas Data funciona cuando la información lesione o restrinja algún derecho.

En el orden federal argentino, la norma prefiere no enunciar ninguno de estos supuestos y, por el contrario, tutela los casos de falsedad o discriminación, con lo que la deja abierta a una amplia gama de bienes a proteger, aunque no iguala en amplitud a la disposición de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con respecto a la protección constitucional de la actividad del registrador, varias constituciones provinciales se han encargado de destacar el derecho de libre acceso a las fuentes de información (Catamarca, Chaco, Formosa, Río Negro, San Luis y San Juan), pero este principio goza, también en el normativo, de excepciones expresas, como en el caso de los asuntos vitales para la seguridad del Estado (San Juan).

Algunas normas suelen admitir una mayor amplitud en el registro cuando los datos están destinados a fines estadísticos no identificables (Portugal, Jujuy y San Juan), o cuando atañen a la propia actividad del registrador, como en el caso de los datos de filiación política, que pueden ser almacenados por las autoridades electorales y de los partidos políticos (Guatemala).

Las normas constitucionales sobre Hábeas Data dan, a veces, un marco para que luego el Legislativo las reglamente (v. gr., España). Otras veces son más reglamentaristas y le dan un perfil más definido al instituto, estableciendo derechos concretos de los registrados (v. gr., Portugal, Brasil, Colombia, Paraguay, Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia-, Córdoba, Chaco, Chubut, Río Negro y Tierra del Fuego).

Los derechos que en general mencionan son variados, pero podríamos distinguirlos en dos etapas. La primera, relativa al acceso, que presenta algunas complicaciones cuando se pretende su restricción por

motivos excepcionales (seguridad del Estado, libertad de prensa, etc.) y la segunda, que consistirá, básicamente, en el control de los datos a los que se accedió y la consecuente modificación, exclusión o confidencialización de ellos, si existe violación a algún derecho.

En cuanto al acceso a los datos propios, dicha potestad está generalmente contenida en forma expresa de dos maneras, como potestad de acceder al registro o como derecho a conocer los datos (Portugal, Brasil, Colombia, Guatemala, Paraguay, Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia- Corrientes Chaco, Chubut, Jujuy, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego). En algunos casos, tal potestad puede ser limitada por vía del sujeto que puede solicitarla, por vía del registro al cual se puede acceder, o por vía del motivo de la registración.

Otra restricción que estaría basada no en el acceso al banco sino en el acceso a la fuente que proporcionó ese dato, es el relativo a las fuentes de información periodística, las cuales están expresamente protegidas, no sólo en el texto constitucional nacional, sino también en algunas constituciones provinciales (Buenos Aires -Ciudad Autónoma y provincia-, Chaco y Chubut), que en el caso de la provincia de Buenos Aires se extiende también al contenido mismo de la información periodística.

Respecto del sujeto activo del Hábeas Data, esto es, el sujeto que puede solicitar el acceso, las normas revistadas incluyen distintas versiones: algunas lo prevén para toda persona registrada –que incluiría a las físicas y jurídicas- (Brasil, Guatemala, Paraguay, Perú, Colombia, Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia-, Chaco, Chubut, Jujuy y Tierra del Fuego), y otras se refieren a los ciudadanos (España, Portugal, San Juan) o a los habitantes (Formosa, La Rioja, Río Negro y San Luis).

En relación con el sujeto pasivo o registro al cual se puede acceder, algunas constituciones establecen un derecho amplio, que abarca a toda autoridad, funcionario o persona (Perú); a los bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas (Colombia); a lo que conste en forma de registro (Córdoba, Río Negro, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego); a los registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer informes (Chubut), y a todo registro, archivo o bancos de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes (Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia-). Empero, otras lo restringen a los registros estatales (Guatemala), a los registros oficia-

les o privados de carácter público (Paraguay y Chaco) y a los registros provinciales de antecedentes personales (Jujuy).

Por cierto que, como ya lo advertimos, una excesiva amplitud en cuanto a la legitimación pasiva acarrearía como consecuencia que pudieran violarse derechos del registrador de carácter constitucional, ante ficheros, registros o anotaciones de carácter personal.

En cuanto a los derechos que se concede ante datos inexactos, el registrado tendrá derecho a la actualización de aquellos que se hubieren tornado vetustos (Portugal, Colombia, Paraguay, Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia-. Corrientes, Chaco Chubut, San Juan y Tierra del Fuego), o a la rectificación de los datos que fueran incorrectos (Portugal, Brasil, Colombia, Paraguay, Buenos Aires –Ciudad Autónoma y provincia-, Córdova, Chaco, Chubut. Jujuy, San Juan y Tierra del Fuego).

En el caso de datos que, por sus características, no deben estar registrados, corresponde otorgar el derecho a la exclusión, supresión o cancelación (Paraguay, Buenos Aires –Ciuidad Autónoma y provincia-, Chaco y Chubut), y si, por el contrario, ellos están legítimamente registrados, pero no deben ser conocidos por cualquier tercero sino sólo por algunos en determinadas circunstancias (como en la hipótesis de información que esté cubierta por el secreto fiscal, bancario o médico), se debe reconocer el derecho a la confidencialidad (Buenos Aires -Ciudad Autónoma y provincia-, Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy y Tierra del Fuego).

Estos dos últimos derechos pueden ser ejercidos también cuando, pese a no estarse en presencia de datos de registración prohibida, la finalidad del registro fuera ilícita (v.gr., propósitos discriminatorios). En este sentido, varias normas establecen el control de la finalidad, propósito o destino (Portugal, Guatemala, Paraguay, Buenos Aires - Ciudad Autónoma y provincia-, Córdoba, Chaco, Chubut, Río Negro, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego)[30].

30 A estos derechos, que son los que comúnmente se consagra, teleológicamente podríamos agregar otros, como el de inclusión en el banco de datos que podría ser reconocido, v.gr., cuando el Estado no tuviese incluídos en sus bancos de datos a determinados prestadores de servicios, como en el caso concreto de los listados de los hoteles que se hallan registrados en los servicios informatizados de la Secretaría de Turismo de la Nación, puestos a disposición de los turistas en los aeropuertos. En la normativa actual, tal vez podría considerárselo comprendido dentro del derecho de actualización.

En cuanto a los aspectos procesales del Hábeas Data, cuando las constituciones se han ocupado de mencionarlos, (v. gr., Art. 43° de la Constitución argentina), normalmente se ha recurrido a la figura del amparo, del cual, como dijimos, es un subtipo (Chubut y Corrientes), o bien se ha dejado la definición de tales aspectos a la ley reglamentaria (provincia de Buenos Aires).

En las provincias donde no está regulado, constitucionalmente, generalmente se lo puede introducir por vía de una cláusula abierta, como aquella que, por ejemplo, ordena amparar a todo derecho reconocido en las constituciones nacional o provinciales por vía de trámites breves (Corrientes, La Pampa y Santa Cruz).

Sobre este último aspecto, y desde un ángulo ideal, se observa que sería aconsejable realizar algunos pequeños ajustes respecto del amparo tradicional, adaptándolos a las necesidades propias del Hábeas Data, que tal vez lo acerquen en alguna medida al Hábeas Corpus (v. gr., declarando que la acción no estará sujeta a términos de caducidad; promoviendo la adopción de medidas cautelares de oficio; facultando al juez de la causa para que extienda los efectos de la sentencia a otras personas afectadas que no hubieran promovido la acción, etc.)[31].

4. Conclusiones

Como se habrá observado, tanto en la Argentina -en los niveles federal y local- como en el derecho latinoamericano, existen variantes de un instituto que en sí no es complicado, pero que muchas veces pareciera no haber sido captado en su esencia por el constituyente, tal vez por su reciente aparición en el mundo jurídico.

Por ello, las diferencias en las regulaciones muchas veces provocan confusiones conceptuales y llevan a amputaciones innecesarias del instituto, que debe ser regulado -constitucionalmente hablando- de una

31 En tal sentido, Santos Cifuentes indica que la del Hábeas Data "Es una norma procesal constitucional que rige y que debe ser aplicada en pro de la persona, de la misma manera que el amparo general allí establecido, valiéndose el juzgador de los elementos que, suficientemente evaluados y amoldados si es necesario, le permitan llegar al fin previsto de la tutela inmediata (Santos Cifuentes, "Protección inmediata de los datos privados de la persona. Hábeas Data operativo", L.L. 17/11/95, p. 1, nota al fallo de la C.N.Civ., Sala "H", 19/5/95, "Rosetti c. Dun y Bradstreet, S.R.L.").

manera simple y abierta, de forma tal que permita la adecuación a las más variadas posibilidades.

Es que, como indica Vanossi "el secreto del Hábeas Data está, precisamente, en su sencillez. Si al Hábeas Data se lo convierte en un mecanismo complejo demasiado sofisticado y demasiado articulado, no va a ser captado y entendido por los propios interesados, es decir, por los ciudadanos o por los habitantes que van a encontrar dificultades en el acceso al mismo para poderlo esgrimir y utilizar como herramienta protectora. Tiene que ser algo muy simple, muy sencillo, muy informal (quizás ésta sea la palabra que más cuadra a la descripción de la situación), para que cualquiera que se pueda sentir afectado por informaciones monopólicas que lo afectan o lo perjudican en su *status*, pueda entonces remover ese obstáculo tendiendo fundamentalmente a dos cosas: el derecho a la rectificación, a la anulación de aquellos asientos que puedan ser lesivos o perjudiciales"[32].

Las regulaciones registradas en las provincias argentinas han tenido la virtud de servir como gran laboratorio, y sus escasas experiencias como preludio para su incorporación constitucional en la reforma de 1994, norma que fue, a su vez, evidentemente mejorada por las Cartas locales posteriores, en especial por el Estatuto-Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Obvio es que resta mucho por hacer, pero todas las experiencias apuntadas han servido y sirven para que las futuras regulaciones constitucionales y subconstitucionales que se hagan del instituto se nutran de ellas y permitan la formulación de normas que sean respetuosas y promotoras de los avances tecnológicos, pero a su vez realmente garantistas de los derechos humanos.

32 Jorge R. Vanossi, "El Hábeas Data no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa", E.D. 159-948.

El Hábeas Data argentino (orden nacional)

Néstor Pedro Sagüés

1. Introducción

Como Estado federal que es, en Argentina el Hábeas Data tiene una regulación vigente en el orden nacional, y otras tantas en cada provincia y ahora, también en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Aquí nos ocuparemos de lo primero.

El reciente Art. 43° de la Constitución argentina, sancionado en la reforma constitucional de 1994, programa una subespecie de Amparo, o Amparo específico, conocido en el derecho comparado como "Hábeas Data"[1]. Algunos lo califican como "Amparo informativo" o "Amparo informático"[2].

Conviene aclarar por qué y para qué está el Hábeas Data. Su origen se explica en virtud del desarrollo del llamado "poder informático". Quienes "hacen" informática (el productor, el gestor y el distribuidor

1 El Art. 43° párrafo tercero de la Constitución nacional dice: "Toda persona podrá interponer esta acción –se refiere al Amparo- para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

2 Seguimos aquí nuestros trabajos **Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo**, 4ª. ed., Buenos Aires 1995, pp. 652 y sgtes., 677 y sgtes; "Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus en la reforma constitucional", **La Ley** 1994-D-1511; "El Hábeas Data: alcances y problemática", en Varios, **El derecho público actual. Homenaje al Prof. Dr. Pablo Ramella** (Buenos Aires 1994), Ed. Depalma, pp. 179 y sgtes., y "Hábeas Data: su desarrollo constitucional", en Comisión Andina de Juristas, **Lecturas constitucionales andinas** (Lima, 1994), N°3, pp. 87 y sgtes. Cfr. asimismo Jorge R. Vanossi, "El Hábeas Data: no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa", **El Derecho** 159-948.

de datos) tienen generalmente protección constitucional de su actividad en las reglas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, propiedad, inviolabilidad de los papeles privados, etc. La situación no es la misma para los "registrados" en los archivos o bancos de datos, ya que éstos pueden contener información equivocada, antigua, falsa, o con potenciales fines discriminatorios, o lesiva del derecho a la intimidad de las personas, etc.

El Hábeas Data pretende dar una respuesta transaccional a los derechos constitucionales de "registrantes" y "registrados", y atiende a cuestiones de fondo (los derechos de cada uno de aquéllos), y de forma (el tipo de procedimiento para asegurar tales derechos).

Con relación a lo primero, el Hábeas Data tiene cinco fines principales: a) acceder al registro de datos; b) añadir datos omitidos, o actualizar los datos atrasados (v. gr., si una persona que aparece como procesada, ha sido sobreseída); c) corregir información inexacta, d) asegurar la "confidencialidad de cierta información legalmente colectada, pero que no debería trascender a terceros (v. gr., balances presentados por una corporación ante un organismo fiscal, pero que no tendrían que suministrarse a empresas rivales); e) cancelar datos que hacen a la llamada "información sensible" (ideas religiosas, políticas o gremiales; comportamiento sexual, etc.), potencialmente discriminatoria o que perfora la privacidad del registrado.

El Art. 43° de la Constitución ha recepcionado el instituto dentro de ciertos marcos, concibiéndolo, según advertimos, como una variable de la Acción de Amparo. Es curioso que el convencional Díaz, al informar en el recinto de la Constituyente sobre el despacho mayoritario, advirtió que si bien se constitucionalizaba la garantía del Hábeas Data, "no deseamos llamarla Hábeas Data".

2. Legitimación

Este tema despierta una serie de dudas.

a) en cuanto la legitimación activa, el nuevo texto habilita para ello a "toda persona" con lo que, entendemos, cabe aceptar que puede plantearlo tanto un individuo como una persona de existencia ideal. Pero no es una acción popular: sólo puede articularla el afectado (el artículo constitucional prevé el Hábeas Data "para tomar conocimiento de los

datos a ella referidos", vale decir, concernientes a la parte peticionante en concreto). Al respecto, Quiroga Lavié subraya que el actor del Hábeas Data "no podrá, en consecuencia, tomar conocimiento de datos de terceros"[3], y Osvaldo Gozaíni añade que el promotor de la acción tendrá que acreditar el derecho subjetivo suyo vulnerado[4].

Puccinelli plantea el interrogante de si el Defensor del Pueblo, quien tiene legitimación procesal para cumplir sus funciones, según el Art. 86° de la Constitución, no está también habilitado para promover el Hábeas Data[5]. La duda es más acentuada porque dicho funcionario está especialmente potenciado por el segundo párrafo del Art. 43° para interponer amparos contra cualquier forma de discriminación y el Hábeas Data, está constitucionalmente planificado, precisamente, para atacar casos de discriminación (tercer párrafo del Art. 43°).

Pese a lo dicho, cabe atender la regla específica del Hábeas Data, expuesta en el tercer párrafo del Art. 43° de la Constitución, que lo piensa únicamente en favor del afectado. Y es que, en áreas tan delicadas como la información sensible, es preferible otorgar legitimación solamente al sujeto involucrado, a quien cabe reconocerle el derecho a optar por iniciar o no un amparo, donde pueden trascender datos que quizá él prefiera sigan en un registro o banco informático, antes que alcancen el estrépito forense.

b) respecto a la legitimación pasiva, el Hábeas Data queda programado con relación a "registros o bancos de datos públicos, o los priva-

3 Humberto Quiroga Lavié, "El amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus..." en Rosatti Horario D. y otros, **La reforma de la Constitución** (Santa Fe, 1994), Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 158. En otro orden de ideas, decimos en el texto que el Hábeas Data puede ser ejercido por personas de existencia ideal, porque aunque ello no sea frecuente, los registros bien pueden contener información eventualmente discriminatoria o falsa que las perjudique (v. gr., existencia de un embargo ya levantado, mención de directivos que han dejado de serlo y cuya reputación es dudosa, etc.).

4 Osvaldo A. Gozaíni, **El derecho de amparo** (Buenos Aires, 1995), Ed. Depalma, p. 181. Sin embargo, ocasionalmente se ha postulado admitir el Hábeas Data "colectivo", por ejemplo por el Defensor del Pueblo, para atender a supuestos de discriminación por parte de un banco de datos, si están afectados una colectividad de personas (caso de derechos difusos, o de incidencia colectiva): ver Pablo A. Palazzi "El Hábeas Data en la constitución nacional", **Jurisprudencia Argentina** 1995-IV-710. El claro texto del Art. 43° de la Constitución parece sin embargo reservar el Hábeas Data como acción *intuitu personae*, en favor exclusivo del afectado.

5 Oscar R. Puccinelli, "Hábeas Data: apuntes para una eventual reglamentación", **El Derecho** 161-924.

dos destinados a proveer informes". Por ende, podrá plantearse contra autoridades públicas o particulares que dirijan bases o registros que suministren o estén previstos para suministrar informes.

En el debate habido en la Asamblea Constituyente, el convencional Iván J. M. Cullen mocionó para agregar, después de las palabras "proveer informes", la expresión "de uso público". El fin de ese añadido, dijo, era "evitar que a través de este recurso pudiera peligrosamente existir algún riesgo para el secreto profesional de abogados, contadores, etcétera». Su idea, sin embargo, no fue aceptada.

Respecto a particulares, en síntesis, el flamante texto es por un lado amplio, porque basta que la base de datos esté destinada a proveer informes (aunque de hecho no los esté suministrando), para que pueda prosperar el Hábeas Data; pero por otro es en alguna medida restrictivo, ya que no es suficiente con que el registro privado sea "susceptible de generar información"; debe hallarse pensado para "proveer informes". Desde luego, la ley reglamentaria podría ampliar la órbita de actuación de este proceso constitucional[6].

De todos modos, queda claro que un registro privado es cuestionable por el Hábeas Data si provee informes a terceros, o si no los provee de hecho, pero está destinado a hacerlo.

Quedan fuera del Hábeas Data, eso sí, los archivos o registros de y para uso exclusivo de su propietario, ya que todo ello está amparado por el manto de privacidad que otorga el Art. 19° de la Constitución y por la inviolabilidad de los papeles privados, del Art. 18°[7].

Por último, conviene advertir que la Constitución no distingue en cuanto la estructura técnica del registro o banco de datos: podrá ser manual, mecánico, electrónico, computarizado o no, etc.

3. Derechos tutelados

Quizá por apresuramiento, el nuevo texto constitucional contempla explícitamente el Hábeas Data para supuestos de "falsedad o discrimi-

6 Recientemente se ha sugerido (Carlos E. Colautti, "Reflexiones preliminares sobre el Hábeas Data", La Ley 1996-C-917) que esa ampliación la podría realizar por sí la jurisprudencia. El tema nos parece discutible, atento al texto terminante del Art. 43° de la constitución, que solamente se refiere a registros de datos privados "destinados a proveer informes".

7 Oscar R. Puccinelli, "Hábeas Data...", *op. cit.*

nación", en custodia por ende de los valores verdad e igualdad; pero nada dice en cuanto otras hipótesis clásicas de esta figura, como la protección del honor o privacidad[8].

Este problema puede resolverse teniendo en cuenta que el amparo de la intimidad o el honor se vincula a menudo con la falsedad de datos o la discriminación; y que si así no fuera, una norma reglamentaria del Hábeas Data estaría habilitada para proyectarlo para aquellos derechos. Paralelamente, es posible concluir que si la privacidad y el honor son derechos de raigambre constitucional, deben lo mismo protegerse por el vehículo que sea necesario a tales fines, y que por ello el Hábeas Data no podría negarse en la especie. Tal extensión de la figura puede (y debe) consumarse incluso por la jurisprudencia.

4. Operatividad

Volviendo al texto constitucional, el promotor del Hábeas Data tendrá en principio que alegar (y sin perjuicio de la ampliación que sugerimos en el párrafo anterior), que los registros del caso incluyen información que es inexacta, o que puede provocarle discriminación. ¿Es necesario que la falsedad o discriminación le cause perjuicio? En realidad, el eventual daño es obvio en los supuestos de discriminación, o al menos está siempre latente. En cuanto a los datos falsos, si se admite que el valor verdad integra el mundo jurídico,[9] cabe reconocer al interesado aptitud para promover al Hábeas Data, en resguardo de la simple verdad, aunque la inexactitud de un registro no le ocasione un agravio diferente o especial[10].

8 Ver Alberto B. Bianchi, "Hábeas Data y derecho a la privacidad", **El Derecho** 161-866, quien destaca que, liminarmente, este proceso ampara a la privacidad, a la intimidad y al honor. Ver también Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia, "La constitución de los argentinos", p. 153. Por su parte, Oscar R. Puccinelli ("Hábeas Data..." ***op. cit.***) apunta que en el seno de la constituyente no quedó claro cuáles eran los bienes jurídicos protegidos por el Hábeas Data, ya que los convencionales que hablaron no tuvieron posturas uniformes. Agregamos nosotros que el convencional Díaz, miembro informante del despacho mayoritario, presentó al Hábeas Data como remedio contra el exceso informático y para tutelar así "a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos".

9 Werner Goldschmit, **Justicia y verdad** (Buenos Aires, 1978) Ed. La Ley, pp. 50 y sgtes.

10 Humberto Quiroga Lavié, "El amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus...", p.

Un interrogante significativo que plantea es si la autoridad pública requerida puede alegar razones de seguridad o de secreto de Estado, o similares, para negarse a suministrar información o cumplir los otros roles del Hábeas Data.

En principio, y como el texto constitucional no incluye excepciones para la operatividad de este proceso, y lo destina además genéricamente para actuar "en registros o bancos de datos públicos", la respuesta sería negativa. No obstante, cabe tener presente que como variable que es de la acción de amparo, el Hábeas Data está sometido a las previsiones constitucionales de aquélla, entre las que se cita, según el nuevo texto constitucional, la necesidad de que el acto lesivo padezca de una "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta". Por ello, si existe la negativa estatal que apuntamos, tendrá el juez del Hábeas Data que evaluar su grado de razonabilidad o de irrazonabilidad (en el caso concreto), y decidir en su consecuencia. De cualquier manera, sería provechoso que la futura ley reglamentaria atienda esta cuestión[11].

160. Este autor sostiene, además, que el actor del Hábeas Data tiene derecho a excluir, además de la información falsa, aquella otra que, "siendo verdadera, no hubiere sido autorizado su registro por el damnificado, salvo competencia dispuesta por ley para hacer el registro por parte de la autoridad o, eventualmente, del particular que tiene a su cargo el banco de datos" (p. 159).

Respecto a la información verdadera que obre en una base de datos, su cancelación es viable siempre que resulte ilegítimamente discriminatoria o que pueda lesionar ilegítimamente otro derecho constitucional. Cabe pensar que el consentimiento del interesado a la inserción de una información en un registro, y que afecte derechos constitucionales, no impide el posterior planteo de un Hábeas Data cancelatorio por ese afectado, todo ello en tutela del orden público constitucional, salvo que se tratase de derechos disponibles (por ejemplo, normalmente, los patrimoniales).

11 Véase sobre el tema Oscar R. Puccinelli, "Hábeas Data..." ***op. cit***, quien recuerda las palabras del convencional Delich en el recinto, aparentemente proclives a admitir ese Hábeas Data, ya "que en el secreto de Estado no se incluye el derecho de decir cualquier cosa de cualquiera". Puccinelli se inclina también a la evaluación judicial en cada caso concreto, aunque siempre debiera reconocerse al interesado el derecho al acceso a la información que exista sobre él, tesis que en principio compartimos. Cfr. asimismo Humberto Quiroga Lavié, "El Amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus", quien sugiere que la ley reglamente el punto, en función del valor constitucional "defensa común".

En el sentido que el Hábeas Data procede respecto de prontuarios policiales y servicios de inteligencia del Estado, véase Emilio F. Mignone **Constitución de la Nación Argentina 1994**, p. 35.

5. El Hábeas Data y los medios de difusión

Alertada por el debate generado sobre la posible incompatibilidad entre este proceso y la libertad de expresión, y ante el riesgo de utilizárselo para borrar datos de los archivos de prensa, y aún de empleárselo como censura previa, la parte final del nuevo párrafo constitucional expresa que con el Hábeas Data "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

La regla es prudente, y pondría punto final a la aludida discusión. La armonización entre la libertad de expresión y los demás derechos y garantías constitucionales no es siempre fácil, y la convención constituyente optó por privilegiar en este tema a la primera, seguramente por el carácter sistémico que tiene (es decir, como elemento indispensable para el flujo de ideas en el régimen democrático)[12].

No obstante, tal vez por el apresuramiento y algunas veces por la improvisación que matizó el proceso constituyente, la frase incluída en la parte final del párrafo concerniente el "Hábeas Data" no es del todo feliz. Indica, sí, que el Hábeas Data no puede emplearse para perjudicar el secreto de las fuentes de información periodística, con lo que, obviamente, ampara dicho "secreto". Pero no refiere, explícitamente, a la posibilidad de acceder, corregir o excluir los datos que obren en los registros periodísticos. Esto importa un grave error, subsanable tal vez por vía de interpretación mediante el recurso a la intención del constituyente (para lo cual habrá que analizar los diarios de sesiones, principalmente), o mediante una hermenéutica orgánica o sistemática de la constitución que entienda que la libertad de prensa del Art. 14° involucra para el medio del caso la de contar con archivos de datos no atacables por los registrados. Esto también podría definirse por la ley reglamentaria.

En la comisión redactora de la convención constituyente, Quiroga Lavié propuso que la prohibición de la última parte del Art. 43° cubriese no sólo "a las fuentes de información periodística, sino también

12 No obstante, apunta Oscar R. Puccinelli ("Hábeas data..." *op. cit.*, **El Derecho** 161-924), bien podría ocurrir que el dueño de un banco de datos disfrace su registro como propio de un medio de difusión, constituyéndolo incluso *ad hoc*, para así quedar inmune del Hábeas Data. Cabe suponer que en tal hipótesis el Hábeas Data puede servir para impugnar la autenticidad del presunto medio de prensa.

a la información periodística como tal", iniciativa que hubiese terminado la discusión, pero que sin embargo no fue aceptada. De todos modos, Antonio M. Hernández, convencional que fue el autor de la disposición aludida, concluye en que "es menester señalar que en ningún momento esta garantía (el Hábeas Data) estuvo orientada a restringir la libertad de prensa ni a intervenir en los archivos de los medios de difusión"; y la convencional Adelina de Viola especificó que los archivos científicos o periodísticos se hallan exentos del instituto que tratamos. Finalmente, el convencional Díaz, al informar sobre el despacho mayoritario en el recinto de la Asamblea, puntualizó que el Hábeas Data no puede referirse a ninguna cuestión que pueda rozar a la libertad de prensa[13]. El asunto parece pues bien definido .

6. Tipos de Hábeas Data. Una clasificación tentativa[14]

El instituto del Hábeas Data admite ciertas variables, enunciadas por lo demás en el texto constitucional nacional. Conviene clasificarlas, teniendo en cuenta también otras modalidades que pueden surgir de la experiencia jurídica, y que complementan al mensaje del constituyente.

6.1 Hábeas Data "informativo". Llamamos así al que, respondiendo al objeto original de este proceso constitucional, procura solamente recabar información obrante en registros o banco de datos públicos o privados destinados a proveer informes, según el citado Art. 43° de la Constitución federal.

Existen –por ahora- tres subespecies del mismo:

---

13 Cfr. Antonio M. Hernández (h) "El secreto de las fuentes de información periodística", en diario **La Nación,** 10/11/94; Humberto Quiroga Lavié, "El Amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus", pp. 159 y 161. Por lo demás, hemos seguido las actas provisorias de la Convención Constituyente.

En el sentido que el Art. 43° "se extiende no sólo a la hipótesis prevista por dicho artículo – resguardo del secreto de la fuente-, sino también a cualquier otra en la medida en que configura una garantía explícita para la plena vigencia de la libertad de prensa", véase Gregorio Badeni, "Reforma constitucional..." p. 255.

14 Nestor Pedro Sagüés, "Subtipos de Hábeas Data", en **Jurisprudencia Argentina,** 1995-IV-352.

a) Hábeas Data exhibitorio. Responde a la pregunta ¿qué se registró? Tiene por fin, evidentemente, y en palabras del constituyente, "tomar conocimiento de los datos" referidos a la persona que articula al Hábeas Data.

El Hábeas Data exhibitorio simple implica ejercitar el "derecho de acceso" a la base de datos, por parte del registrado. Ekmekdjian y Pizzolo se preguntan si ese derecho involucra la facultad de ingresar física y personalmente a esa base, respondiendo que en ciertos casos ello es necesario, para corroborar la exactitud de lo que debe informarse. De lo contrario, escriben, el éxito del Hábeas Data quedaría a merced del informante. Tal conclusión resulta muy razonable[15].

b) Hábeas Data finalista. Su meta es saber para qué y para quién se registran los datos. Emerge igualmente del Art. 43° de la constitución nacional, ya que la misma programa a la acción, además de para tomar conocimiento de datos, para conocer la "finalidad de ellos.

c) Hábeas Data autoral. No es tan habitual en la doctrina ni en el derecho comparado. Su propósito es inquirir acerca de quién obtuvo los datos que obran en el registro. Puede entonces auscultar acerca del productor, del gestor y del distribuidor de datos.

En realidad, esta variable puede considerarse tácita en el Art. 43° de la constitución nacional. Si ella declara que: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" mediante un Hábeas Data, parecería que sí es factible, a través de esta acción, preguntar por las fuentes de información no periodística, y sobre las que no pesare jurídicamente otro tipo razonable de secreto de fuentes[16].

6.2. Hábeas Data aditivo. Su 'propósito es agregar más datos a los que deberían constar en el respectivo banco o base. El caso más común es el de poner al día información atrasada, perfilándose así el Hábeas Data "actualizador" (v. gr., si alguien aparece como deudor, habiendo satisfecho su obligación; o si figura como procesado, habiendo sido en definitiva sobreseído), y en tal sentido está previsto por el Art. 43° de la constitución nacional, como mecanismo para actualizar información.

---

15 Miguel A. Ekmekdjian y Calogero Pizzolo, **Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática**, (Buenos Aires, 1996, Ed. Depalma, p. 68).

16 En el sentido que el Hábeas Data no es idóneo para inquirir sobre las fuentes de la información en donde se obtienen los datos respectivos, véase Salvador Darío Bergel, "El Hábeas Data: instrumento protector de la privacidad", en **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe, 1994, Ed. Rubinzal-Culzoni, N° 7, p. 217.

Pero también existen otras hipótesis de inclusión, vías Hábeas Data, que no significan necesariamente actualización. Oscar R. Puccinelli habla de un objetivo de inclusión de datos[17], v. gr. de un hotel silenciado en la guía turística oficial, y –añadimos- la no inserción de antecedentes pertinentes en el legajo de un docente o funcionario.

El Hábeas Data aditivo, en síntesis es un Hábeas Data por omisión.

6.3 El Hábeas Data rectificador. Apunta a corregir errores en los registros del caso, esto es, a sanear datos falsos. También está contemplado expresamente en el Art. 43° de la constitución nacional.

6.4 Hábeas Data reservador. Fue introducido en la reforma constitucional de 1994, a iniciativa del convencional Cullen[18] y admitido en el Art. 43° bajo el rótulo de asegurar la "confidencialidad" de ciertos datos. En tal caso, el dato es cierto y no hay obstáculos para su conservación, por parte del Registro respectivo. Pero sí puede causar daños su divulgación, y por ende, se ordena al titular del registro que lo mantenga en sigilo, para su uso personal exclusivo, o para su empleo específico para los fines legales pertinentes. No obstante, si media un interés público relevante en la transmisión de esos datos, tal interés puede vencer la valla que significa el perjuicio por la difusión (por ejemplo, cierta comunicación de antecedentes penales).

6.5 Hábeas Data cancelatorio, o exclutorio. Refiere a la denominada "información sensible", concerniente a ideas políticas religiosas o gremiales, al comportamiento sexual, a ciertas enfermedades o datos raciales, todos ellos potencialmente discriminatorios o lesivos del honor o privacidad del afectado. El Art. 43° de la constitución trata asimismo de esta especie de Hábeas Data de "supresión" de informes.

No existe una regla fija acerca de cuándo es procedente un Hábeas Corpus para "reservar", y cuándo el contenido peligroso de esa información es tan grande que corresponde borrarla. El criterio delimitador al respecto es cambiante de pueblo a pueblo, y de momento a momen-

17 Oscar R. Puccinelli, ***op. cit.***

18 Convención Nacional Constituyente de 1994, "Diario de Sesiones", p. 4262. El convencional Cullen citó las opiniones de Puccinelli y Sagüés, en el sentido de añadir para el Hábeas Data el objetivo de la confidencialidad. Cuestionando que la confidencialidad sea meta propia del Hábeas Data, véase Salvador Darío Bergel, ***op. cit.*** p. 216.

to. Datos que otrora no era vistos como nocivos (v. gr., los referentes a la identificación étnica de una persona) asumen hoy en ciertas sociedades rasgos tan negativos que parece indispensable eliminarlos de los bancos de datos. En última instancia será la judicatura quien deberá precisar el concepto indeterminado de "información sensible".

Desde luego, un Hábeas Data puede ser mixto, en el sentido de comprender un objetivo simplemente exhibitorio o pretender también actualizar, rectificar, reservar o excluir datos, concernientes a la información que obre en un registro.

7. Marco procesal

Muchos se preguntan si el Hábeas Data necesita de una regulación procedimental específica, o si basta con aplicar las reglas vigentes en materia de acción de amparo, dado que aquel instituto, en definitiva, es –según dijimos- una subespecie del Amparo. La respuesta a esta pregunta depende, en buena medida, del modo como está planeado el Amparo en un país concreto. Si cuenta con un trámite expeditivo y útil, en esta misma medida decrece la necesidad de crear un sistema singular para el Hábeas Data. De lo contrario, si la ruta del Amparo es engorrosa, parece indispensable concebir una ley particular para el Hábeas Data.

En Argentina, a falta de una ley especial para el Hábeas Data, el mismo se regula subsidiariamente, si es articulado contra el Estado, por medio de la Ley N° 16.986, y si es planteado contra particulares, por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Arts. 321° y 498°)[19].

Hasta el momento, esa aplicación supletoria de normas no ha provocado graves dificultades.

Cabe observar que ciertos sectores de la doctrina postulan una norma reglamentaria "a medida" para el Hábeas Data, a fin de desligarlo de ciertos preceptos limitativos que son propios del Amparo (por ejemplo, su rol subsidiario o supletorio, esto es, su admisibilidad ceñida a la inexistencia de otros procedimientos legales o administrativos; y tam-

19 Cfr. Enrique M. Falcón, **Hábeas Data. Concepto y procedimiento.** (Buenos Aires, 1996), Ed. Abeledo-Perrot, p.83.

bién, para admitir el Hábeas Data aunque el acto lesivo no sea manifiestamente arbitrario o ilegítimo).[20]

8. Jurisprudencia

La doctrina judicial ha asumido al Hábeas Data, como novedad jurídica que es, sin el debido entrenamiento universitario previo. Eso explica que muchos fallos no hayan asumido correctamente a la figura.

Pero también existen dictámenes y pronunciamientos acertados, que han explicitado adecuadamente los objetivos esenciales del Hábeas Data,[21] concibiéndolo también como una variable del Amparo,[22] que actúa supletoriamente como norma rituaria[23]. Tal vez por ello se puntualizó que si el peticionante puede obtener sus datos por otra vía procesal, no es dimisible el Hábeas Data[24].

También se ha dicho que si los datos obtenidos mediante el Hábeas Data no son contrarios al peticionante de la acción, ella ha logrado su objetivo de acceso a aquéllos y se la debe estimar por concluída[25]. Por lo demás, se lo ha habilitado tanto para personas físicas como jurídicas,[26] aunque aclarando que no es una Acción Popular[27].

Algunas sentencias de Hábeas Data se prestan a ciertas observaciones. Por ejemplo, ante el retiro de la credencial que autorizaba al peticionante a ingresar a un casino militar, un tribunal apuntó que si los fundamentos de tal medida habían sido suministrados por el Servicio de Inteligencia naval, era contra éste que debía articularse la acción, y no contra las autoridades del casino[28]. En otro caso se negó al promotor del Hábeas Data que se añadiera a la información relativa al

20 Véase sobre el tema Daniel R. Altmark y Eduardo Molina Quiroga, "Hábeas Data", **La Ley** 1996-A-1554.

21 Cám. Nac. Cont. Adm., sala 4ª., Jurisprudencia Argentina 1995-IV-350.

22 Cám. Nac. Civil sala H, **La Ley** 1995-E-294.

23 Cám, Nac. Cont. Adm. Sala 4ª. cit. por Marco A. Rufino, "Hábeas Data", **Jurisprudencia Argentina** 28/8/96, con una excelente sinopsis de la evolución jurisprudencial sobre el tema.

24 Cám. Nac. Civil sala F, **El Derecho** 165-255.

25 Juzgado Nac. Cond. Adm. N° 3, cit. por Rufino Marco A., *op. cit.*

26 Cám. Nac. Civil sala H., **La Ley** 1995-E-294.

27 *Ibídem*, Cám. Nac. Civ. sala H, **La Ley** 1995-E-294.

28 Cám. Fed. Bahía Blanca, **La Ley** 1996-A-316.

cierre de una cuenta corriente bancaria, que había radicado denuncia penal por el extravío de los cheques que motivaron tal cierre, ante su rechazo por falta de fondos[29].

9. Ley reglamentaria. Su veto

Recientemente el Congreso de la Nación sancionó la ley regulatoria del Hábeas Data 24.752, que al no completar entonces el proceso legisferante, en realidad es sólo un proyecto de ley.

La nueva norma resultó bastante extensa (38 artículos). Excluyó de su aplicación los registros de datos para publicidad con carácter general, los de partidos políticos, sindicatos, iglesias con relación a sus afiliados y los de personas físicas y jurídicas destinados a actividad periodística.

La ley, de carácter reglamentarista, admitió la registración de datos "adecuados, pertinentes y no excesivos" (Art. 4°), que además debían ser eliminados cuando dejaren de ser necesarios. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá la previa conformidad expresa de su titular. Aun así, no podrán ser objeto de tratamiento los datos personales sobre ideología, raza, religión, hábitos personales y comportamiento sexual (Art. 11°).

La cesión de datos también requería el consentimiento por escrito del interesado (Art. 15°).

La norma reiteraba los derechos de los registrados: acceso, información, rectificación, eliminación y conservación. Contiene disposiciones específicas para los datos recolectados de los sujetos privados (en particular, establecimientos médicos y agencias de información comercial) y la administración pública. Los datos policiales "serán eliminados cuando dejen de ser necesarios para las averiguaciones que motivaron su tratamiento": Art. 26°. A su vez, los organismos de seguridad y de las fuerzas armadas pueden tratar datos sin el consentimiento de los interesados, por razones de defensa nacional (la judicatura evaluará la razonabilidad de tal decisión: Art. 26°).

En cuanto al trámite, la ley estableció que debía ser en todo caso el previsto por el régimen vigente para el Amparo contra actos de parti-

29 Cám. Nac. Cont. Adm. sala 4ª., **Jurisprudencia Argentina** 1995-IV-350.

culares (Art. 498° del Código Procesal Civil y Comercial de la nación). La norma incluyó asimismo sanciones a quienes la infringieren, a aplicar por el Defensor del Pueblo.

La ley fue criticada por parte de la doctrina,[30] argumentando, no sin cierta razón, que protegía excesivamente a los registrados, e impedía a los registrantes archivar o tratar datos indispensables para el tráfico comercial, retaceando, por ejemplo, el derecho de los particulares a conservar datos sobre el estado de salud, situación patrimonial y obligaciones tributarias de otros sujetos privados. Además, se convertía al Defensor del Pueblo, en una magistratura de tipo requirente, en un organismo de ejecución de multas, desnaturalizando al mismo.

Lo cierto es que el decreto 1605/96 del Poder Ejecutivo Nacional vetó totalmente a la Ley N° 24.752, y por ende no está en vigencia. El decreto aludió a las impropias funciones que se atribuían al Defensor del Pueblo, al exceso de competencias que se atribuía a una comisión bicameral de seguimiento de la protección legislativa de datos y, entre otras cosas, a la insuficiente regulación que hacía la ley del trámite del Hábeas Data.

Al mismo tiempo, la presidencia de la Nación elevó por su cuenta un nuevo proyecto reglamentario del instituto que comentamos, más extenso que el texto legal vetado, que programa un procedimiento *sui géneris* para el Hábeas Data. También contempla aspectos de fondo, sobre datos registrables y su transmisión. Estas últimas reglas, por lo general, resultarían de aplicación en todo el país, mientras que los capítulos de normas rituarias y autoridades de aplicación, exclusivamente para la justicia nacional[31].

10. Conclusiones

La programación del Hábeas Data como proceso constitucional específico fue una sorpresa de la convención constituyente de 1994, ya que

30 Miguel M. Padilla, **Lecciones sobre derechos humanos y garantías** (Buenos Aires, 1997), Ed. Abeledo-Perrot, 3ª. ed., t.II p. 400.

31 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 1996, pp. 8216 a 8225. Cabe destacar que han existido proyectos más breves y probablemente más útiles sobre el asunto, como el del diputado Antonio M. Hernández ("Trámite Parlamentario" 129, del 1/11/94).

el tema no había sido objeto de un debate anterior. La asamblea actuó pues por su propia iniciativa, y con un texto –como otros tantos que aprobó- que no tuvo la debida precisión.

Con posterioridad, los tribunales reaccionaron con cierto desconcierto, fundamentalmente por no existir un entrenamiento universitario idóneo. No cabe olvidar que el derecho procesal constitucional, como asignatura obligatoria, no existe todavía en la mayor parte de las facultades de derecho.

Paralelamente, no todos los abogados han planteado el Hábeas Data conforme a las directivas constitucionales y los sanos propósitos que persigue el instituto. Existen tentativas de su desnaturalización a través de postulaciones procesales decididamente inadmisibles, cuando no correctas, pero pobremente fundadas.

En resumen, el Hábeas Data atraviesa una etapa coyuntural de asunción de su propia identidad y de delimitación de su perímetro. Sería bueno que tanto las universidades como las escuelas judiciales del país se hagan cargo de tal empresa y profundicen su investigación.

Derecho a la intimidad y Hábeas Data
(del recurso de protección al Hábeas Data)

Francisco Zúñiga Urbina*

1.- Derecho a la intimidad y sus paradigmas

Al igual que los derechos humanos en general, el derecho a la intimidad tiene su historicidad y positividad que nos refieren a la modernidad. La referencia a la modernidad concierne a su matriz ideológica: el liberalismo y la distinción público-privado.

Es sobradamente conocido el opúsculo de Benjamín Constant: "De la Libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" de 1819, tomado de sus Diarios escritos entre 1802 y 1806, en que se formula el diverso cuño conceptual e ideológico de los derechos de los modernos (libertad "negativa" en la sugerente expresión de Berlin). Así la libertad de los modernos "es el derecho de cada uno a no estar sometido más que a leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones,

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ponencia presentada en el "Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Hábeas Data", Universidad de Talca, Abril de 1997.

a sus caprichos. Es en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, o de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Comparen ahora esta libertad con la de los antiguos. Aquella consistía "en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía (...). Todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia nada se dejaba a la independencia individual, ni en relación con opiniones, ni con la industria, ni sobre todo, con la religión (...). Así, entre los antiguos, el individuo soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas (...). Entre los modernos, por el contrario, el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia; incluso en los Estados más libres" (259-261). La libertad individual es la "verdadera libertad moderna" y la libertad política su garantía (Constant). B. Constant un "libertario doctrinario" no hace sino compendiar el *ethos* cultural de una época, en que la burguesía se erige en clase dominante, con compromisos con las clases tradicionales, en que la libertad de los modernos, son las libertades del burgués y del proletario, concebido el hombre (burgués) como una mónada aislada (Marx).

En la indagación de las raíces de la matriz ideológica liberal hemos de descubrir el individualismo del siglo XVII y XVIII, que en su versión puritana destaca el igual valor moral de todo ser humano, de suerte que todo individuo es libre en la medida en que es "propietario de su propia persona y de sus capacidades" (Macpherson). "La sociedad política se convierte en un artificio calculado para la protección de esta propiedad y para el mantenimiento de una relación de cambio debidamente ordenada" (idem) (17). El "individualismo posesivo" (Macpherson) es la matriz ideológica e histórica del derecho a la intimidad, el cual dado su historicidad y positividad está en constante evolución o cambio. La consolidada tríada individuo-libertad-propiedad será la base tradicional de toda fundamentación liberal y naturalista de los derechos. "El liberalismo –señala H. Béjar- fundamentaba su teoría moral y política en la socialización del individuo. La condición humana se identifica con la libertad, está indisolublemente unida la razón; así, las libertades civiles básicas serían aquellas relacionadas con el intelecto" (...) Es un ser –el hombre- que sólo cuenta con su libertad

y se halla a solas con su conciencia y su conocimiento. Centra su existencia en su individualidad, pero como quiera que ello es común a todos los mortales, cada individualidad se encuentra limitada por los demás (...). La privacidad emerge, como concepto, con la conciencia de que el otro –sea éste el prójimo o el gobierno- es un enemigo en potencia. La esfera privada se dibuja como un bastión de no interferencia en lo que sería el último reducto de mi libertad" (26-28). La intimidad en la teoría liberal, no es sólo el reducto o castillo del hombre desarmado frente al Estado, sino el bastión de la moralidad, la religiosidad, la afectividad, en la subjetividad. El resguardo de la subjetividad no es sino la tutela de la socialización del ser humano, aporte imborrable de las revoluciones políticas y burguesas de los siglos XVIII y XIX.

En esta concepción liberal el derecho a la intimidad es básicamente una libertad negativa, un *status libertatis*, de no ingerencia del Estado o individuos en la subjetividad (G. Jellinek). "La exclusión –dice H. Béjar- de la esfera del poder y el aislamiento como opción de un ser moral representan dos maneras distintas de entender el fenómeno de la privacidad" (235). "La privacidad es, pues, el ámbito de la libertad y el área de desarrollo de la condición humana". Pero efectivamente, en la sociedad postindustrial en que el hombre "mercancía" es un consumidor de diversos productos en un mercado (económico, político, cultural, religioso, etc.), el derecho a la intimidad puede ser la cobertura de la soledad insolidaria, negadora de la intersubjetividad. "La privacidad –observa H. Béjar- puede llegar a ser el marco de la sociedad humana. La consideración de la vida privada como valuarte de la humanidad acaba por empobrecer la esfera pública que se tiene como carente de interés. El hombre como ciudadano, vitalmente implicado en la empresa colectiva, ha perdido fuerza (...). La esfera íntima es una promesa incumplida: la autocomplacencia que acompaña al proyecto privado se transforma en un difuso sentimiento de impotencia en relación al entorno. La autosuficiencia en indiferencia hacia los demás. El abandono de la arena pública guarda una semilla de imprevisibles consecuencias, la insensibilidad hacia lo social y la extensión de la apatía política (236-237). A este respecto no se requiere ser un epígono de la Escuela de Frankfurt, para aceptar que la alienación y anomia en una sociedad postindustrial, son presupuestos de la dura dominación política y que, sumado a la concentración del poder informático, puede conducir a realizar la más perfecta "utopía" totalitaria. Luego, la configuración

contemporánea del derecho a la intimidad como una libertad negativa y positiva, que permite el derecho a la soledad y el derecho a la autodeterminación informativa, permite regular el poder informático e introducir controles a éste.

Por otra parte, el distingo público-privado no es nuevo en la teoría política y en la ciencia jurídica, podemos remontarla a la conocida definición de derecho público y de derecho privado del *Corpus Iuris* Justinianeo. Sin embargo, el engarce de lo público (Estado) y de lo privado (individuo-sociedad) se consolida en la modernidad marcada por el paso del *status* al contrato (H. Summer Maine), de la Comunidad a la Sociedad (F. Tönnies). La modernidad ha conocido fases de supremacía de lo privado y de lo público (Estado Policía, Estado Liberal, Estado Social), para generar un estadio medio, caracterizado por una dialéctica público-privado asimétrica (Habermas). De alguna manera, lo público es reivindicado frente a los *arcan imperii* de la razón del Estado, como fórmula básica para construir una opinión pública, pero cuidando de resguardar a las personas una esfera de intimidad o privacidad frente al Estado (Bobbio, 11-38).

El Estado de la sociedad postindustrial sumido en esta dialéctica de socialización de lo estatal y estatalización de lo social, hace del derecho a la intimidad no sólo una libertad negativa, sino también una libertad positiva; puesto que se trata no sólo de tutelar la subjetividad de la injerencia ajena (estatal o privada), sino de preservar la identidad y libertad frente al intenso e invisible poder informático. Así la privacidad o intimidad se convierte en un límite para el Estado, definiendo lo privado a partir de lo público, pero no reduciéndolo a lo estatal, dado que en sociedades organizacionales como las actuales el poder informático está imbricado con la burocracia y tecnocracia, tiene en los grandes grupos económicos o corporaciones su principal amenaza.

En consecuencia, la ligazón *privacy-property right* propia del "individualismo posesivo" (Macpherson) está obsoleta, ya en la teorización de Warren y Brandeis, que además tiene la virtud de separar la *privacy* del derecho al honor. En la actualidad el derecho a la intimidad, conserva su núcleo original de libertad negativa (Berlin) o *status libertatis* de "obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos" (Bobbio), y absorbe una dimensión de autodeterminación de la persona, libertad positiva o estatus que confieren al sujeto el poder de "orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones,

sin verse determinado por la voluntad de otros" (Bobbio). El derecho a la intimidad, en concreto su garantía procesal de Hábeas Data, es concreción de una libertad positiva, denominada libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (Pérez Luño, Lucas Murrillo, Losano).

Por lo tanto, atañe en este punto una inflexión: hacer un sumario examen del derecho a la intimidad en tres culturas jurídicas, que han logrado reconstruir dogmáticamente este derecho fundamental, con una rica jurisprudencia y avanzada legislación.

1.1 Derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad en los Estados Unidos de América tiene su primera formulación en un opúsculo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis *The Right to Privacy*, que deviene en la base doctrinal de la jurisprudencia posterior. Resulta sorprendente que el opúsculo referido, en pocas páginas, aborde de manera simple y convincente la fundamentación de un derecho a la privacidad siempre en tensión con la libertad de expresión. Con el anglicismo derecho a la privacidad se designa un derecho a la soledad, una facultad *to be let alone* o derecho que a uno lo dejen en paz, garantía de la persona y su familia frente a intromisiones ilegítimas, a partir de la Cuarta Enmienda a la Constitución norteamericana. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la privacidad por el Tribunal Supremo fue tardío, primero se aplicó la doctrina por los *lower courts* de Nueva York, y a finales de los años 30, encontró reconocimiento en un *Restatement.*

Con todo cabe observar, que Louis D. Brandeis (1856-1941), graduado de Hacward (1877) fue designado por el Presidente Woodrow Wilson en 1916 miembro del Tribunal Supremo, donde permanece hasta 1939; y en una memorable *dissentinig opinion* en el ***case Olmstead vs. United States*** (1928) recogerá su doctrina: "El gobierno dispone ahora de medios más sutiles y de más largo alcance para invadir la vida privada. Los descubrimientos y las invenciones han hecho posible para el gobierno obtener que se declare ante la Corte lo que se murmura en el *toilette*" (...). El progreso de la ciencia, que proporciona al gobierno nuevos métodos de espionaje, no se va a detener con el medio de interceptar los teléfonos. Quizás algún día se desarrollen los medios por los cuales se pueda reproducir papeles en los tribunales sin sacarlos de

los cajones secretos, y por los cuales el gobierno pueda exponer al jurado los más íntimos acontecimientos del hogar. Los progresos en las ciencias psíquicas pueden dar medios para explorar las creencias, pensamientos y emociones inexpresadas (...). ¿Es posible que la constitución no proporcione protección alguna contra tales invasiones de la seguridad personal? ..." (89-90).

La opinión desidente del juez Brandeis en el caso Olmstead, se basó en un fallo de 1886 (***Boyd vs. United States***), que unía la Cuarta y Quinta Enmienda, señalando como digna de tutela constitucional la protección contra registros sin autorización judicial y protección frente a la autoincriminación. En 1942 el Juez Frank Murphy en el caso *Goldman vs. United States* reconocía que no era necesaria la invasión física para un registro; y citando a Brandeis afirmó la existencia de un derecho a la privacía garantizada por la Cuarta Enmienda. En 1949 en el caso ***Wolf vs. Colorado***, la Corte sostuvo: "La seguridad de lo privado contra la intrusión arbitraria de la policía –que es la esencia de la Cuarta Enmienda- es básica en una sociedad libre. Está por lo tanto implícita en el "concepto de libertad ordenada" y como tal es aplicable contra los Estados por medio de la cláusula del debido proceso" (F. Frankfürter).

Así entre 1956 y 1966 el Tribunal Supremo norteamericano aceptó un "nuevo concepto de la privacía constitucional", la doctrina Warren-Brandeis era citada, pero la referencia al derecho a la privacía se hacía a la ley común (***Poe et. al. vs. Ullman*** de 1961; ***Gibson vs. Florida***, de 1963, y ***López vs. United States***, de 1963). En el caso López de 1963 la referencia al derecho a la privacía unía la protección contra la "confesión", y el resguardo frente a la intromisión por medios electrónicos.

Con el caso ***Griswold vs. Connecticut*** de 1965 el Tribunal Supremo reconoció el derecho a la privacidad como un derecho constitucional, en que se resucita la doctrina Lochner con fines diversos. En el caso citado la ley de Connecticut prohibía el uso de contraceptivos siendo perseguidos y multados un ejecutivo y un médico de un Centro de Planificación Familiar, los que apelaron. El Tribunal Supremo declaró inconstitucional la legislación estatal sobre contracepción porque para su cumplimiento hubiere sido preciso entrometerse en la privacía del hogar. El juez Douglas señaló que la ley actuaba directamente sobre la "íntima relación entre marido y mujer", y médico, lo que estaba cubierto por las penumbras de la Primera, Tercera, Cuarta, Quinta, No-

vena y Decimocuarta enmiendas "No obstante –indica C. Wolf- el basarse en la Decimocuarta Enmienda sugiere que el Tribunal estaba haciendo precisamente lo que Douglas negaba: acogerse a la lógica de Lochner. Estrictamente hablando esto no fue una "resurrección" del debido proceso sustantivo, porque éste nunca había muerto del todo. Incluso después de 1937, el debido proceso sustantivo estaba muy sano –aunque mutilado- bajo la forma de aplicación de la Primera Enmienda a los Estados (desde Gitlow en 1925). Pero con certeza, Griswold le dio una nueva vida al aplicar la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda con bastante independencia de otras disposiciones específicas de la Constitución, porque esto es lo que hizo el Tribunal, a pesar de los pocos convincentes intentos de Douglas por "dorar la píldora" (402). En la década de 1970, se apeló fundado en el derecho a la privacía como derecho independiente, pero la apelación sólo tenía éxito aplicada en el contexto de investigación y captura (***Katz vs. United States***, 1967), privacía del hogar (***Stanley vs. Georgia***, 1969, ***United States vs. Baird***, 1971) o al campo de la privacía sexual (***Eisenstadt vs. Baird***, 1972). En la sentencia del caso ***Eisenstadt vs. Baird***, el Juez Brennan señala: "Si el derecho a la privacía significa algo, y que el individuo, casado o soltero, tiene derecho a hallarse libre de la intromisión gubernamental, sin orden judicial en asuntos que afectan a la persona de un modo tan fundamental como la decisión de dar a luz o de engendrar a un niño".

En 1973 la sentencia del Tribunal Supremo en el caso ***Roe vs. Wade*** expone claramente el nuevo estatus del derecho a la privacía, caso en que el Tribunal declaró inconstitucional una ley de Texas, del siglo XIX, que convertía al aborto en un delito, en cualquier etapa de preñez, excepto en los casos que implicaba salvar la vida de la madre. En este caso el juez Harry Blackmun centró su disertación en el derecho a la privacía, ya sea que esté fundado en el concepto de la Decimocuarta Enmienda sobre libertad personal y restricciones a la acción del Estado, o en la reserva de derechos de la población recogida en la Novena Enmienda, dado que la mujer tiene derecho a decidir sobre su preñez (derecho a la autonomía personal). El Tribunal Supremo no se pronunció sobre el momento en que principia la vida humana, declarando la libertad de la mujer para decidir, con su médico, un aborto durante los tres primeros meses; fijando resguardos para el segundo trimestre en razón de la viabilidad del feto.

La aludida sentencia generó un debate nacional, durante la presidencia de Nixon, y el Tribunal Supremo tuvo que soportar severas críticas: sólo parangonables con el fallo en el caso Dred Scott. Con todo, el Tribunal Supremo no dio pie atrás en su empeño liberalizador, así en la sentencia del caso ***Doe vs. Bolton*** (1973), se declaró inconstitucional un cuerpo normativo de Georgia, que obligaba a que los abortos hechos en hospitales constaren en una certificación de un Comité del Establecimiento acerca de la interrupción voluntaria del embarazo, y que limitaba la práctica a residentes del Estado. El jurista americano John Brigham señala: "los fallos no conformaban un simple comentario de la Constitución; fijaron el marco de la política nacional sobre aborto. Las órdenes para la acción, emitidos por la Suprema Corte en un caso constitucional, estipulan lo que se sostendrá legítimamente como ley. La política pública en los dictámenes sobre aborto fue una orden para las legislaturas estatales, la cual limitaba su capacidad de promulgar leyes. Los casos Roe y Doe sostenían que: (1) los Estados no regularán el aborto durante los tres primeros meses de preñez; (2) la reglamentación ulterior del aborto, para el segundo trimestre, debe relacionarse con la preservación y la protección de la salud de la madre; y, (3) con la viabilidad del feto en los últimos tres meses. El Estado debe proscribir el aborto, excepto cuando sea necesario preservar la vida o la salud de la madre" (227). En este sentido los fallos posteriores del Tribunal Supremo: planeación de la maternidad de ***Missouri vs. Danforth*** (1976), ***Maher vs. Roe*** (1977), ***Bellotti vs. Baird*** (1979) y ***Harris vs. Mc. Rae*** (1980), profundizan la doctrina jurisprudencial acerca de la "privacía sexual", con una clara orientación "liberal" de los Tribunales Warren y Burger (C. Wolfe).

También el derecho a la privacía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha cubierto el "estilo de vida" de las personas, es decir, la reputación, la preferencia sexual y las identidades culturales. Así, en la sentencia del caso ***Paul vs. Davis*** (1976), el referido Tribunal Supremo sostuvo que una persona arrestada y no procesada por raterías en tiendas, encontró su nombre y fotografía en un volante distribuído en toda la comunidad local; el Juez Rehnquist estimó que "la Corte ha reconocido que puedan crearse zonas de privacía por medio de garantías constitucionales más específicas y, de este modo, imponer límites al poder gubernamental", y el juez Brennan en su disentimiento estimó que "las nociones de privacía se encuentran inextricablemente ligadas con las

consideraciones que obligan a un Estado a no individualizar a una persona para castigarla fuera del proceso judicial". En la sentencia del caso ***Batt vs. Mariona Heights Inc.*** (1979), el Tribunal Supremo sostuvo que un empleado despedido de una clínica de reposo por su homosexualidad, no tenía fundamentos para recusar el cierre de su caso. Con posterioridad el Tribunal Supremo se negó a conocer de expulsiones de homosexuales del Ejército y la Armada. Contrasta la jurisprudencia de tribunales menores como Cortes estatales, en que el derecho a la primacía es la fuente de tutela de la diferenciación sexual o del concubinato (***Sullivan vs. Distrito Escolar Independiente de Meade***, de 1976).

1.2 Derecho a la autodeterminación informativa

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria ha concebido el derecho a la intimidad como una manifestación del derecho general de la personalidad, a partir del artículo 1.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. El derecho general de la personalidad, fundado en el valor dignidad, tiene un aspecto estático equivalente al derecho a la privacidad anglosajón y un aspecto dinámico, el poder de desplegar la personalidad y la libertad de decidir y de actuar por sí mismo.

En la doctrina mayoritaria, de la cual un buen exponente es E. Benda y W. Maihofer, el derecho general de la personalidad reconoce un concepto de hombre (dignidad) vinculada a un sistema material de valores. Por ello me parece acertada la advertencia teórico-práctica de E. Stein: "tan digno de alabanza es el intento de evitar que el artículo 2, I, se desvalorice, como peligroso es conectarlo a una determinada concepción histórica del hombre. Según la Ley Fundamental, el valor supremo; el último punto de referencia, es el hombre mismo en su realidad viviente. Este no puede ser encadenado a una determinada concepción del hombre. Por el contrario, el valor de todas las concepciones debe medirse por el propio hombre" (215). Ahora bien, la jurisprudencia y doctrina germanas utilizan la teoría de las esferas (*Sphären*) para reconstruir dogmáticamente el derecho a la intimidad (esfera individual, esfera privada y esfera íntima).

La doctrina germana mayoritaria expuesta por E. Benda, de talante conservador vincula el valor dignidad humana (de raíz ético religiosa, consagrado en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental con el derecho

general de la personalidad del artículo 2.1. El axioma de Benda reza: "La Ley Fundamental es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo derecho. El Art. 1°, GG hace de este objetivo el supremo principio constitutivo de la Ley Fundamental" (118). Tal axioma redunda en un canon que define al hombre, al ser humano como una verdadera mistificación ideológica. Benda al comentar la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe (*B. Verfge* 4.7) señala: "El individuo debe asumir aquellos límites que, para cultivar y fomentar la vida en común, imponga el legislador a su libertad de acción, dentro de los márgenes de lo exigible y siempre que se garantice la autonomía de la persona. De esta manera no solo rechazan las concepciones individualistas del liberalismo clásico, sino también tentaciones colectivistas; renunciando a soluciones extremas, se busca una línea intermedia»(119). La conclusión lógica es afirmar la dignidad como el valor supremo de la Constitución en el Estado; y en concreto, el artículo 1.1 de la Ley Fundamental sería un "parámetro valorativo" para interpretar los derechos fundamentales, y tendrá la tutela garantista del recurso de Amparo. Esta hipótesis (dignidad de la persona) permite extenderla al *nasciturus* ya fallecidos.

A partir del valor supremo de la dignidad humana (art. 1.1) se reconstruye la protección de la esfera privada e íntima de la persona. "Y no se trata –señala Benda- únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por sentimiento natural de pudor, es decir, no sólo y especialmente de la esfera sexual, sino en idéntica forma del derecho a no tener que revelar defectos, particularidades o achaques físicos sin un motivo justificado; y lo mismo sucede con cuanto tenga que ver con la fe y la conciencia, en fin toda expresión de la individualidad..." (129). El derecho a la intimidad supone un derecho a la soledad, y el reconocimiento de una esfera íntima y propia exenta de injerencias.

En una sociedad postindustrial, la procura existencial por el Estado social hace de la administración, un agente potencial de lesión de la esfera privada e íntima, dado que para programar y planificar requiere de información. En este contexto emerge el derecho a la autodeterminación informativa. La protección de la esfera privada frente al procesamiento de datos, sea electrónico o manual debe ser objeto de regulación, que el *Land* de Hesse asumió tempranamente. Así en 1983 el Tribunal de Karlsruhe en la sentencia sobre censo de población calificó

el derecho a la autodeterminación informativa, como un derecho derivado del Art. 2.1 en conexión con el Art. 1.1, resultado del derecho común de la personalidad, derecho que reconoce límite en su despliegue comunitario. Para el juez constitucional germano el recurso legítimo del Estado a datos personales depende de la utilidad y posibilidad de aplicación de los datos, es decir, el objeto del sondeo y posibilidades de procesamiento y combinación, y no dependen tanto del carácter sensible de los datos en la esfera íntima.

Un enfoque distinto nos ofrece el jurista Robert Alexy en su ambiciosa obra "Teoría de los Derechos Fundamentales" que conecta el derecho a la autodeterminación informativa al derecho general de libertad del artículo 2.1 de la Ley Fundamental. Alexy reconstruye el derecho general de libertad, a partir de una concepción crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y concluye afirmando la existencia de un derecho fundamental abierto (concepción formal-material), conectado a la teoría de las esferas y de los derechos de libertad tácitos. No es este el lugar para dar cuenta de las coordenadas de la teoría de las esferas, pero el distingo de esferas íntima, privada, amplia y social es problemática. La esfera más interna o íntima tiene un mayor grado de protección, dado que los comportamientos del individuo no afectarían a la comunidad, resultado de una "ponderación" (Alexy) en favor de la libertad negativa y de la dignidad de la persona. En la esfera más amplia la jurisprudencia subraya al respecto de la regla de proporcionalidad, que obliga a fundar las restricciones o instrucciones en la esfera privada. En cuanto a los derechos de libertad tácitos, estos pueden ser referidos a acciones o situaciones, con carácter concreto y abstracto, y con posiciones *prima facie* o definitivas. Para Alexy el derecho a la esfera privada secreta e íntima, al igual que el derecho al honor, el derecho a la imagen, entre otros, son derechos adscritos al derecho general abstracto a la personalidad, lo mismo que el derecho a la autodeterminación informativa.

En la práctica el Tribunal Constitucional Federal vía recurso de Amparo conoce de las impugnaciones de las leyes que limitan este derecho general de libertad o libre desenvolvimiento de la personalidad, fijando su matriz teórica tempranamente en la sentencia Elfes. Las sentencias más significativas del Tribunal de Karlsruhe (caso de grabaciones de conversaciones privadas, caso Soraya, caso Lelach) ha configurado la extensión de las esferas y los grados de intensidad de la pro-

tección de la libertad negativa, (Hans G. Rupp., 319 y ss.) y la colisión con el derecho a la información y la libertad de información.

El mentado derecho a la autodeterminación informativa acuñado por el Tribunal de Karlsruhe en la citada sentencia del 15 de diciembre de 1983 sobre Ley de censo de población, que confería poder jurídico a los individuos para disponer de la información personal y su uso en todas las fases de elaboración y uso: acumulación, transmisión, modificación y cancelación; dio origen a un amplio debate en la doctrina germana, que toca cuestiones bien de fondo, aunque formalmente el debate se produce entre quienes defienden el derecho como un derecho fundamental autónomo o nuevo y los que ven en éste una concreción del derecho general a la personalidad. El sector doctrinal que entiende el derecho a la autodeterminación informativa como una dimensión del derecho a la intimidad, esfera cubierta por el artículo 2.1 y artículo 1.1., cuenta con apoyo en la jurisprudencia constitucional, la que desde el fallo Elfes utiliza el derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad como la cobertura de otros derechos fundamentales (A. Podlech, E. Benda).

En este punto me parece acertada la observación de Pérez Luño, en orden a que aceptar un derecho a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, acarrea el peligro de consagrar una especie de propiedad privada sobre datos personales (Spiros Simitis). La concepción privatista-propietaria de los derechos niega la dimensión social y comunitaria de los derechos. Con todo, Pérez Luño defiende la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática; fundado en la evolución o dinamicidad del derecho a la intimidad (derecho de soledad, en la formulación de Warren y Brandeis) de libertad negativa a libertad positiva, o poder de control sobre informaciones personales. Para Pérez Luño este cambio de contenido del derecho a la intimidad, que da origen a un nuevo derecho, libertad informática, erosiona la "teoría de las esferas" (*Sphärentheorie*). "Frente –dice Pérez Luño- a esta construcción abstracta e irreal, hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la "intensidad social" de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses, públicos o privados, que puedan contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva" (158). A lo expuesto el iusfilósofo sevillano agrega que negar

la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dificultaría su relación con otros derechos fundamentales, puesto que una libertad apéndice de valores constitucionales y un derecho general, tendría menor consistencia, y su fuerza dependería de éstos. Pérez Luño agrega que negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa soslaya el carácter dinámico de los derechos fundamentales.

La teoría generacional de los derechos ofrecería una adecuada ejemplificación del carácter dinámico de los derechos, que no se agotan en catálogos cerrados y completos. "La autodeterminación informativa –dice Pérez Luño- o libertad informática ha sido la respuesta histórica de los Estados de Derecho más avanzados a las amenazas que dimanan para el disfrute de las libertades de distintos empleos de las nuevas tecnologías, en especial de la informática y la telemática. Estos procesos tecnológicos engendran invasiones potenciales o reales en la intimidad y demás libertades y, al propio tiempo, condicionan la capacidad de los ciudadanos para actuar libremente, para elegir sus formas de comunicación con su medio y para participar en la vida social y política. La dialéctica de nuevas necesidades (nuevos derechos) se cumple de este modo plenamente en la génesis y fundamentos de la libertad informática (160). Finalmente, se insiste en la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, por la necesidad de reforzar la garantía, diseñar instrumentos específicos de tutela, como el Hábeas Data, que refuerzan su entidad como derecho fundamental.

Ciertamente, lo valioso de la defensa de Pérez Luño de la autonomía de la libertad informática, no se puede divorciar la reconstrucción de un derecho fundamental tácito o implícito de los datos positivos, el catálogo concreto de derechos fundamentales de la Constitución estatal, y de instrumentos de Derecho Internacional de Derechos Humanos.

1.3 Derecho a la vida privada

En Francia se observa una paradoja, por una parte una escasa jurisprudencia constitucional acerca del derecho a la vida privada, y una com-

pleja legislación sobre control de bancos de datos. Así, la primera propuesta de ley relativa a la creación de un Comité de Vigilancia o de un Tribunal especial de la informática, data del 30 de octubre de 1970 (proyecto de ley Poniatowski). Este proyecto de ley no obtuvo aprobación de la Asamblea Nacional, pero motivó una modificación del Código Civil (Art. 9°) en el que se introdujo el reconocimiento explícito del respeto a la vida privada. Sin embargo, el proyecto gubernamental "Safari" (1974) dio origen a un debate nacional, al establecer un número de identificación único para cada ciudadano, aplicable a todos los registros y ficheros públicos, manuales o electrónicos. El Presidente galo designó una Comisión para elaborar un informe sobre "Informática y Libertad", emitido en 1975. Tal informe fue la base de la Ley de 1978 (78/17), que crea una Comisión Nacional de Informática y Libertad, que ejerce funciones de control y vigilancia de las normas legales, funciones de consulta y propone proyectos de ley al Gobierno.

En la dogmática francesa el derecho a la vida privada, es una garantía de la libertad individual, que se trata unida a la libertad de disponer de si mismo (cuerpo), el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de la personalidad y el derecho a mantener un estatuto personal (F. Luchaire). Coincidentemente, el jurista J. Robert señala que la regulación legislativa del derecho al respeto de la vida privada (Ley de 17 de julio de 1970, artículo 9° del Código Civil) y la gama de sanciones civiles y penales; dificultan el examen del derecho a la protección de la vida privada y sus derechos conexos (inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad de la correspondencia y secreto profesional). En este contexto, excepcionalmente la Ley de 17 de julio de 1970, el derecho al respeto a la vida privada, es una prerrogativa de la persona sujeto activo del derecho, y en los otros textos normativos, es un límite al ejercicio de derechos o prerrogativas.

En este contexto el Consejo Constitucional no ha consagrado expresamente el valor constitucional del derecho al respeto de la vida privada y por el contrario, el Consejo de Estado estima que el juez es el garante de este derecho (Decisión del 12 de octubre de 1979).

En cuanto al marco normativo del derecho a la protección de la vida privada, se desagrega en razón de sus componentes; inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, secreto profesional, que se denominan disposiciones puntuales, y los textos generales,

entre los que destacan: Art. 35° de Ley de 29 de julio de 1981, Ley de 17 de julio de 1970, Art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Ley N° 78-753 de 1978, modificada por Ley N° 79-587 de 1979; Ley N° 79-18, de 1979 y Ley N° 78-17 de 1978, y la Convención del Consejo de Europa para la protección de personas en el tratamiento automatizado de datos personales de 1981 (introducida al derecho galo por Ley de 19 de octubre de 1982 y Decreto 85-1203, de 1985). En el marco reseñado, los datos personales (informaciones nominativas) que permiten identificar a personas físicas, están cubiertas por la vida personal íntima, que es inviolable, por lo que excluye la configuración informática de un perfil de la persona. En razón de lo expuesto el marco legal somete a control el tratamiento automatizado de información nominativa; campo en que la autoridad administrativa independiente –la Comisión Nacional de Informática y Libertades- cumple importantes funciones, en particular la de informar a personas concernidas y de controlar la aplicación de la informática al tratamiento de informaciones nominativas. De esta manera, sobre la base de un régimen legal de recolección y conservación de informaciones que contienen resguardos y garantías para las personas, se hacen distingos de procedimientos según la naturaleza de la información nominativa:

a) Las informaciones muy sensibles concernientes a su origen social u opiniones políticas, filosóficas o religiosas y adscripciones sindicales, se sitúan en un plano de interdicción informática, con dos excepciones: los grupos religiosos, filosóficos, políticos o sindicales pueden tener ficheros de sus miembros; y las materias de interés público, materias en que existe variada jurisprudencia.

b) Informaciones sensibles dan origen a dos procedimientos diferentes, según que el tratamiento automatizado esté siendo operado por un ente público o por personas privadas. Los tratamientos automatizados de información sensible por entes públicos requieren de autorización legal o reglamentaria, y todo fichero debe ser objeto de consulta de la CNIL. Existe un procedimiento administrativo para acceder o impugnar la información sensible de ficheros o bancos de datos. Los tratamientos automatizados operados por organismos privados, se encuentran reglados en sus elementos: tipo de información responsables del tratamiento, finalidad, derecho de acceso, entre otros.

c) Las informaciones neutras, son tratadas por organismos públicos

o privados; y no podrán guardar relación con la vida privada o libertades de las personas. El CNIL fija normas simplificadas y la obligación de una declaración simplificada de los organismos de tratamiento de información.

Ciertamente, pieza clave del complejo sistema legal del tratamiento informático de datos personales, es la Comisión Nacional de Informática y Libertad (CNIL), una autoridad administrativa colegiada independiente, investida por ley de una misión de información y de concertación y de una misión de control.

Ahora bien, la jurisprudencia francesa y europea, como la actividad de la CNIL, ha contribuido a determinar los elementos de la personalidad que quedan comprendidos en la vida privada, y que se pueden agrupar en tres categorías: el respeto de los comportamientos, el anonimato y el respeto de la vida relacional.

i) El respeto de los comportamientos que conciernen a las cualidades esenciales de la persona, reflejan la naturaleza de su ser y su estilo de vida. En relación a los comportamientos de la personalidad, el reconocimiento del derecho de ser el mismo (subjetividad) se manifiesta en su territorio, apariencia y autenticidad. En relación al territorio, el despliegue de la personalidad supone un espacio para la subjetividad, que excede la noción tradicional de "domicilio".

La apariencia de la personalidad es un concepto relacionado, que involucra al sujeto y a terceros su privilegio de presentar su personalidad de una manera determinada y que conecta con derecho a la imagen.

La autenticidad de la personalidad tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva que concierne a terceros, como es la identidad sexual del individuo con independencia de su sexualidad biológica o la interdicción de toda deformación de la autenticidad de un individuo, por cualquier medio. La autenticidad también importa prohibir el uso de personas con fines comerciales o publicitarios, sin consentimiento del individuo.

ii) El respeto del anonimato es parte del reconocimiento de la sociabilidad del individuo, pero reconoce como expresión de la vida privada la sustracción a determinados datos o convicciones del entorno en que se desenvuelve. El respeto del anonimato es ilustrado por J. Robert, a través de tres ejemplos: los secretos de la persona, la fijación y divul-

gación de expresiones corporales y la protección de informaciones nominativas.

iii) El respeto de las relaciones de la persona, a partir del reconocimiento de la vida relacional, queda cubierto por el derecho a la vida privada, el respeto de las comunicaciones (sea vía inviolabilidad de las comunicaciones de personas libres –*arrët Klass, arrët Kruslin, arrët Huvig*– o las limitaciones a las comunicaciones de personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios u hospitalarios); el respeto de las relaciones familiares y el respeto de las relaciones sentimentales (destacando el *arrët Dudgeon* de 1981 del Tribunal Europeo Derecho del Hombre).

2.- Libertad informática y Hábeas Data

En una sociedad informatizada en que el "poder informático" configura un verdadero poder invisible, el tradicional derecho a la intimidad conceptuado como libertad negativa, adquiere una nueva faz, dada su dinamicidad, y deviene en libertad positiva, que se le denomina libertad informática que tutela los datos personales, concepto homologable al germano "derecho a la autodeterminación informática". La libertad informática tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para: "conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivados en bancos de datos (lo que se denomina Hábeas Data por su función análoga en el ámbito de la libertad de información a cuanto supuso el tradicional Hábeas Corpus en lo referente a la libertad personal); controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión" (140, Pérez Luño). En la duplicidad terminológica: protección de datos personales y libertad informática, Pérez Luño hace un paralelismo con la doble función de los derechos fundamentales (garantías de un estatus subjetivo y cauces constitucionales para el logro de un equilibrio de poderes); "así, la protección de datos personales tendría por objeto prioritario asegurar el equilibrio de poderes sobre la participación democrática en los procesos de la información y la comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos. Por su parte la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa supondrían la incidencia en la esfera subjetiva de la protección de datos. Es decir, la garantía de unas

facultades de conocimiento, acceso y control de las personas respecto a las informaciones que les conciernen" (141).

Este nuevo derecho fundamental –la libertad informática- es situada en la categoría de los derechos de la tercera generación, respuesta contemporánea a las necesidades de tutela de la intimidad frente al desarrollo de las tecnologías en particular del poder informático. En cuanto derecho de la tercera generación, la libertad informática encuentra su fundamento axiológico en el valor solidaridad, su naturaleza jurídica es un "estatus de Hábeas Data" para la tutela efectiva, y su titularidad acepta la lesión individualizada, sin perjuicio de otorgar acción popular (Pérez Luño).

En cuanto a la legislación de protección de datos personales y Hábeas Data, esta ha seguido un largo camino, descritos con precisión por autores como Mario G. Losano, Fermín Morales P. y A. E. Pérez Luño, pareciéndome sugerente la taxonomía de este último autor, acerca de las generaciones de leyes.

En este punto es menester hacer una reseña sinóptica de la legislación de protección de datos en América Latina y los crecientes niveles de positivación constitucional de la libertad informática y del Hábeas Data.

El Hábeas Data se erige en la actualidad como instrumento de tutela cautelar de la libertad informática, instrumento asociado, en ocasiones, a una legislación específica sobre banco de datos. En América Latina destaca una tendencia peculiar en orden a erigir el Hábeas Data en un instrumento garantista incorporado a la Constitución estatal. El Hábeas Data se erige en una acción –proceso de amparo constitucional, que con carácter de sumario y extraordinario, permite hacer efectivos derechos específicos en relación a "información sensible no registrable": derecho de acceso, derecho a la actualización de datos, derecho a la rectificación, derecho a la confidencialidad y derecho a la exclusión (N. Pedro Sagüés).

En cuanto al Hábeas Data, el antecedente ibérico (Constitución española, Art. 18°, inciso cuarto y Constitución portuguesa, Art. 35°) es particularmente ilustrativo, a saber:

Constitución española de 1978, Art. 19°, inciso cuarto: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familias de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos".

En América Latina se ha producido una mixtura de influencia ibérica: remisión legal en materia de protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y consagración de una garantía procesal: Hábeas Data, Acción de Amparo de rango constitucional. Así la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 5° LXXII dispone: "Se concede Hábeas Data a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidos en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo". La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 15° inciso primero y segundo, que tutela el derecho a la intimidad personal y familiar, y a su buen nombre, dispone: "De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellos en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

La Constitución de Paraguay de 1992, en su artículo 135° dispone: "Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos". También, se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, y respeto a la vida privada (Art. 33°) y el derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada (Art. 36°).

La Constitución peruana de 1993, en su Art. 200° inciso 3 consagraba como "garantías constitucionales": "La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte, de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, inciso quinto, sexto y séptimo de la Constitución". Los preceptos referidos conciernen al derecho a la información de cualquier entidad pública, en el plazo legal y con el "costo que suponga el pedido", con la excepción de informaciones que afecten la intimidad personal (N° 6), derecho a que servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informacio-

nes que afecten la intimidad personal y familiar, y el derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz o imagen propias, todo con derecho de rectificación; pero sin incluir los medios de comunicación.

La Constitución argentina de 1994, en su artículo 43°, inciso tercero prescribe: "Hábeas Data. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su familia, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a procrear informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". También se detectan avances en las constituciones provinciales argentinas: v. gr., la Constitución de La Rioja (Art. 30°) y la Constitución de San Juan (Art. 20°). La tutela de la libertad informática puede producirse vía amparo o tutela (Colombia) o vía una acción de amparo especial: Hábeas Data (Brasil, Argentina), alejándose nuestra América de la tendencia europea en orden a establecer un órgano administrativo independiente de regulación y control de los bancos de datos, órgano análogo a un *ombudsman* de la libertad o derecho de autodeterminación informativa (Suecia, Dinamarca, Noruega, Luxemburgo, Alemania, Canadá, Austria, Francia); aproximándose más bien a un modelo judicialista como el americano del norte.

Desde una perspectiva comparada me parece útil comentar sumariamente las instituciones de Hábeas Data en Brasil y Perú, dado que paradigmáticamente poseen sustantivas diferencias. La desarrollada Constitución de la República Federativa de Brasil concede en su catálogo de derechos fundamentales (Art. 5°) la acción de Hábeas Data (LXXII) para garantizar el conocimiento de informaciones personales contenida en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar datos. Así, es de competencia del Supremo Tribunal Federal, la acción constitucional de proceso de amparo (Hábeas Corpus, Mandato de Seguridad y Hábeas Data) cuando se dirija la pretensión procesal contra actos del Presidente de la República, Mesas de las Cámaras Federales, Tribunal de Cuentas, Procurador General o el mismo Tribunal, o en instancia de recurso ordinario en casos decididos en única instancia por tribunales superiores (Art. 102°, N° I, letra d). En cambio compete al Superior Tribunal de Justicia conocer del Hábeas Data contra actos de Ministro de Estado o

del mismo Tribunal (Art. 105°, N° I, letra b). A los tribunales regionales federales compete "procesar y juzgar" los Hábeas Data contra actos del propio tribunal o de juez federal (Art. 108° N° I, letra c) y a los jueces federales compete "procurar y juzgar" los Hábeas Data contra actos de autoridad federal, exceptuados actos de tribunales federales (Art. 109°, N° VIII). Finalmente, las decisiones de los tribunales regionales electorales serán recurribles cuando denegaren Hábeas Data (Hábeas Corpus, Mandato de Seguridad o Mandato de Inyucción) ante Tribunal Superior Electoral (Art. 121°, párrafo 4° y N° V).

En cuanto al sujeto activo titular de la acción será cualquier persona nacional o extranjera residente en el país, y el sujeto pasivo es el ente público gestor del banco de datos automatizado o manual. En cuanto al procedimiento está el ordinario de la Acción de Amparo, un procedimiento sumario y eficaz, con sentencia de tipo constitutivo y condenatoria cuando acoge la acción, gozando de autoridad de cosa juzgada. Una apostilla relevante es indicar que la doctrina en relación al sujeto pasivo entiende que el concepto "de carácter público" (del registro o banco de datos) se refiere a entes públicos y entidades privadas que presentan un servicio público (Silva, J. A. y A. Pelligrini). Por la vía ejemplar el Código de Defensa del Consumidor considera expresamente "de carácter público" los bancos de datos y catastros relativos a consumidores, como el Servicio de Protección de Crédito mantenido por instituciones privadas (Art. 43°, apartado 4°).

Por otro lado, el Hábeas Data peruano tiene como característica su excesiva amplitud. Primero, la acción tutelar comprendía los derechos del artículo 2° numerales 5°, 6° y 7°, es decir, no sólo se reafirmaba al derecho a la autodeterminación informativa, sino al derecho al honor, derecho a la imagen, derecho a la intimidad, y al *sui generis* derecho de rectificación. Por ello, mediante la Ley N° 26.470, publicada el 12 de junio de 1995, se aprobó la primera reforma constitucional a la Carta de 1993, que excluye el N° 7 del artículo 2° del ámbito tutelar del Hábeas Data, pasándolo a la tutela del Amparo (derecho al honor y buena reputación, derecho a la intimidad, derecho a la imagen y derecho de rectificación). Para concluir, cabe agregar, que la Ley N° 26.301, publicada el 3 de mayo de 1994, regula transitoriamente el Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento; asignando la competencia del Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del demandante o ubicación de archivos, y si fueren archivos judiciales-administrativos (in-

cluidos los del Ministerio Público), conocerá de la causa la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia, la que encargará a un juez de instancia su trámite, que fije en materia de procedimiento la vigencia supletoria de cuerpos legales referentes al Amparo. Finalmente, al Tribunal Constitucional le corresponderá "conocer en última y definitiva instancia" las resoluciones denegatorias de Hábeas Data y de acciones tutelares.

Del ejercicio comparativo sumario podemos colegir de modo preliminar lo siguiente:

a) El Hábeas Data es una acción de tutela del derecho de libertad informática, concreción del derecho a la intimidad, que con naturaleza cautelar y en procedimiento sumarísimo, hace efectivo un proceso de amparo constitucional.

b) La acción de Hábeas Data es un "amparo especial referente a datos, registrados en bancos o bases datos (Sagüés).

c) El multiforme amparo, a partir del derecho de libertad informática, sea un derecho explícito o implícito, es una herramienta garantista procesal suficiente.

d) La excesiva amplitud del Hábeas Data (v. gr. el Hábeas Data peruano) debilita al Amparo, y puede ser empleado en un contexto autoritario como garantía frente a la libertad de información y derecho a la información, y también, en un sentido conservador para sustraer determinada información económica o patrimonial de la acción de entes públicos hacendísticos.

3.- Jurisprudencia de recurso de protección

Nuestra jurisprudencia no reconoce un derecho de libertad informática o autodeterminación informática, aunque a partir del derecho a la intimidad (Art. 19° N°4 C.P.R) y de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (Art. 19° N° 5 C.P.R.), ha reconocido el derecho a acceder a un banco de datos y de corregir información errónea, y el secreto bancario y mercantil, con ciertas limitaciones.

De modo fragmentario citaremos jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia sobre protección del derecho a la intimidad,

del derecho al honor (Art. 19° N° 4 C.P.R.) frente al poder informático, en concreto a bancos de datos:

- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (S.C.A.S. del 21 de octubre de 1981:

"4° Que la negativa del director del Boletín a recibir la aclaración que el interesado quiere publicar lesiona sus derechos como quiera que su crédito y honorabilidad se siente en el consenso público";

"5° Que, además, es de notar que la dirección del Boletín ha debido tomar precauciones para evitar el daño que pueda producirse a personas que no han incurrido en deudas morosas, asentando, junto con el nombre de la persona, otros datos que permitan identificarla.., y

«6° Que, en consecuencia, la petición formulada debe acogerse, pues la resolución de que se trata lesiona un derecho que la Constitución Política del Estado garantiza en el artículo 19° N°4 y 21°".

(Fuente: **Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales** (R.D.J.) Tomo LXXVIII, N° 3, Secc., Quinta p. 296-300).

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 7 de marzo de 1988:

"6° Que, además, es incuestionable que este acto arbitrario de la recurrida vulnera la garantía constitucional consagrada en el artículo 19° N° 4 de la Constitución, puesto que al hacer aparecer al recurrente como una persona que no cumple sus obligaciones comerciales afecta la honra de éste, e incluso, como consecuencia de ello, el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas".

Fuente: R.D.J. Tomo LXXXV, N° 1, Secc. 5ª, pp. 65, 67.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 1° de junio de 1988:

"7° Que, la dinámica de esta actuación antijurídica y arbitraria, que se inició con la inserción equivocada de un dato de identificación comercial propio del recurrente en operaciones bancarias de un tercero y que se tradujo posteriormente en la publicación de protestos de documentos bajo ese signo erróneo en un medio de información especializado de circulación nacional, como lo del Boletín de Informaciones Comerciales, que difunde el nombre de las personas que incurren en incumplimiento de ciertas obligaciones pecuniarias, no pudo menos

que producir serio menoscabo en la honra del afectado, un deterioro de la reputación y la buena fama que todo individuo se granjea en el seno de la sociedad por la suma de sus valores morales, entre los que se cuenta, en el ámbito de las relaciones comerciales, el cumplimiento estricto y oportuno de las obligaciones contraídas";

"9° Que, tanto el derecho a la honra de una persona como el ejercicio de cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional se encuentran elevados a rango de garantías fundamentales que la Constitución Política del Estado reconoce con tal carácter en su artículo 19° N°s. 4 y 21, y cuyo ejercicio cautela mediante el arbitrio especial de protección consagrado en su artículo 20°";

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXV, N° 2, pp. 217-223.

- Sentencia de la Corte Suprema de 19 de abril de 1989.

"2° Que, como se desprende de la disposición transcrita (Art. 4° del Decreto N° 950, del Ministerio de Hacienda, de 1928) las personas afectadas por la publicación de datos que efectúe el Boletín tienen derecho para exigir de éste se inserten las aclaraciones que dichas personas pueden dar respecto de los datos que les afecten, y esto es lo que la actual recurrente y apelante ha solicitado de la demandada, o sea, que las letras cuyos protestos han sido publicados, no fueron aceptadas por sus representantes legales, no siendo suyas las firmas, lo que consta de informes periciales producidos en la causa criminal incoada por querella suya, según consta del certificado del secretario del Tribunal".

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXVI, N° 1, pp. 15-17.

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 26 de mayo de 1994:

7° Que, la inclusión de antecedentes financieros desfavorables en las situaciones mencionadas no afectan la vida privada, pública y la honra de la entidad en cuyo favor se recurre, y además, por ser ella una persona jurídica carece de familia, en los términos del artículo 19° N° 4 de la Constitución Política de la República, no obstante que la existencia de antecedentes desfavorables a la persona en cuyo favor se recurre en los mencionados Informes o Boletines Comerciales, implica una perturbación al derecho que todo individuo tiene de desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden

público o a la seguridad nacional, que garantiza el N° 21 del artículo 19° antes citado, toda vez que quien registre esos antecedentes, así lo sea por razones históricas, tendrá menos oportunidad de acceder a una actividad comercial o económica que aquél que no los tiene y jamás ha dejado de pagar una deuda o de cumplir una obligación";

Nota: Sentencia revocatoria de la Excma. Corte Suprema de 23 de junio de 1994 en sede de apelación:

"1° Que, la circunstancia que la recurrida mantenga, en forma íntegra y según su historia cronológica, información recogida de una publicación oficial, reconocida por la ley, y la proporcione a sus usuarios, no constituye un acto ilegal o arbitrario, por lo que este recurso carece del presupuesto indispensable para prosperar.

"2° Que, además los hechos que el recurrente estima ilegales o arbitrarios, que motiven su accionar, no han podido privarlo, perturbarlo o amenazarlo en el legítimo ejercicio de la garantía establecida en el N° 4 del artículo 19° de la Constitución Política, desde que se trata de una persona jurídica";

"3° Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que la normativa del decreto supremo N° 950, de 1928, del Ministerio de Hacienda, al establecer que pierden vigencia, en determinados casos, ciertas publicaciones aparecidas en el Boletín de Informaciones Comerciales, no ha podido significar la desaparición física de tales publicaciones ni impedir el registro de ellas en los sistemas o mecanismos de procesamiento de información –como es el caso de los servicios proporcionados por la recurrida-, sino que, como se lee en la Circular de la Superintendencia de Bancos que en fotocopia rola a fojas 1, "equivale a que si una institución financiera tiene que resolver, por ejemplo, si va a otorgar un crédito o abrir una cuenta corriente a una persona que registra un protesto aclarado o uno que lleve más de cinco años publicado, debe pura y simplemente abstraerse de la existencia de esos protestos y proceder como si no hubieren existido jamás".

Fuente: **Revista Gaceta Jurídica** (G.J.), N° 168, 1994, pp. 54-57.

También la tutela del secreto bancario por vía del artículo 19° N° 5 de la Constitución, es decir, la inviolabilidad del hogar y de toda forma

de comunicación privada ha tenido una débil recepción en nuestra jurisprudencia. De modo fragmentario citaremos los fundamentos jurídicos más significativos recogidos en algunos fallos sobre la materia:

- Sentencia de la Corte Suprema, de 12 de septiembre de 1988.

"4° b) que, como puede apreciarse, sólo algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria están sujetos a "estricta reserva, respecto de terceros", cuales son, como se dijo, "el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos", como señala el inciso 2) y ni aún estos en forma absoluta, como quiera que, como ya se dijo, los tribunales podrán aún "ordenar la exhibición de determinadas partidas" de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el liberador, como lo prescribe el inciso tercero ya antes referido, y

"5° Que lo dicho precedentemente respecto de la reserva de la cuenta corriente en los limitados términos previstos en el artículo 1° de la Ley de Cheques es igualmente aplicable a la reserva o secreto de que trata el artículo 20° de la Ley General de Bancos, pues en el caso de autos no se han solicitado por el Superintendente de Bancos antecedentes relativos a las "operaciones" que los recurrentes han realizado o realicen respecto de los "depósitos" que tuvieron en los bancos, sino exclusivamente acerca de la sola existencia de los mismos, lo que reafirma también el texto mismo de dicho artículo 20°, de cuyo tenor se desprende que lo que se procura con tal institución es el evitar se ocasione "daño patrimonial al cliente".

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXV, N° 3, de 1988, pp. 223-237.

- Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de enero de 1989.

"5° Qué, la estricta reserva impuesta a los bancos en los términos recordados en el fundamento segundo, hace que lógicamente los instrumentos en que constan la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones que le son propias, deben asimilarse a los "documentos privados" comprendidos en la garantía de inviolabilidad contemplada en el N° 7 del artículo 19° de la Constitución Política y cuyo "registro" sólo se permite en los casos y formas determinados por la ley".

"6° Que, ahora bien, como la orden de informar expedida en la resolución calificada de ilegal implica propiamente el "registro" o exa-

men de los respectivos instrumentos, resulta evidente que aquella garantía constitucional ha sido vulnerada; y con ello corresponde acoger el recurso en examen, respecto del cual este tribunal ya declaró su admisibilidad por resolución de doce de mayo del año último".

Fuente: R.D.J., Tomo LXXXVI, N° 1, de 1989, pp. 1-4.

4.- Conclusiones

A modo de conclusiones recogeremos un conjunto de asertos, mitad afirmaciones y mitad conjeturas, de allí la provisionalidad de estos, a saber:

1. El derecho a la intimidad en su matriz liberal aparece asociado al derecho de propiedad (liberalismo "individualista posesivo") primero y al derecho a la soledad después (Warren y Brandeis), pero siempre concebido como una libertad negativa (Constant y Berlin). De esta manera, el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática, concebido como libertad positiva, puede ser un derecho fundamental explícito o implícito.

2. El examen sumario del derecho a la privacidad en la cultura jurídica norteamericana y del derecho general de libertad (derecho a un desarrollo libre de la personalidad) en la República Federal de Alemania, nos demuestra la riqueza de la doctrina y jurisprudencia; que de forma evolutiva, logra reconstruir derechos fundamentales implícitos.

El caso de la cultura jurídica francesa difiere de las anteriores, ya que el material jurisprudencial es escaso (Consejo Constitucional y Consejo de Estado), pero a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de una legislación modélica se ha reconstruído un derecho a la vida privada con múltiples facetas.

3. Por contraste, nuestra doctrina jurisprudencial es bastante pobre y el recurso de protección, que potencialmente podría funcionar como Hábeas Data en conexión con el artículo 19° N° 4 de la Constitución, no ha dado frutos en materia de libertad informática. Me parece que ha faltado algo de imaginación de nuestros jueces, para dotar al recurso de protección de la multifuncionalidad que caracteriza en otros países a la acción del amparo de derechos fundamentales.

4. Una dogmática de los derechos fundamentales, en lo concerniente al derecho a la intimidad, la libertad informática y sus garantías, debe dilucidar las siguientes cuestiones.

4.1. Entidad o "naturaleza" del derecho a la intimidad (libertad negativa).

4.2. Entidad de la libertad informática como derecho implícito y libertad positiva.

4.3. De esa suerte, una matriz liberal individualista del derecho a la intimidad y de la libertad informática excluye los aspectos colectivos de la información y del poder informático. Por ello –señala Pérez Luño- el problema más acuciante que suscita la protección de la intimidad frente a la informática no es tanto el impedir el proceso electrónico de informaciones, que son necesarios para el funcionamiento de cualquier Estado moderno, sino el asegurar un uso democrático de la *information technology*" (339). El control democrático y el derecho de acceso a la información, son claves en una sociedad en que el poder informático es un poder invisible, y en que la tecnología puede ser fuente de manipulación de alcances insospechados.

5. En consecuencia, una cuestión primaria es dotarnos de una legislación de protección de las personas frente al tratamiento automatizador de datos de carácter personal. De esta manera, entender la libertad informática como un derecho de control de la información referente a uno mismo, exige hacer distingos acerca de la sensibilidad de la información sujeta a protección (teoría de las esferas o rangos de sensibilidad); puesto que de lo contrario el derecho a la intimidad, la libertad informática y el Hábeas Data tendrán una lectura conservadora (liberal) como derechos de defensa frente a un Estado, que requiere de información para hacer planeación y programación, y ordenar la actividad económica en general. Además la libertad informática puede ser levantada como un verdadero escudo frente al derecho a la información y a la libertad de expresión.

6. En este contexto, una paradoja del Hábeas Data, es que concebido como una garantía procesal de un derecho de la tercera generación, la libertad informática, permita el control y acceso democrático al poder informático sin levantar un "castillo", una fortificación frente a un Estado, que por las exigencias del capitalismo tardío ejerce funciones o cometidos de regulación, gestión y empresarial. El secreto bancario es un buen ejemplo, como barrera frente a un Estado regulador.

7. En suma, resulta perfectamente posible instituir el Hábeas Data, bajo la cobertura del artículo 19° N° 4 de la Constitución; como ocurrió en el recurso de amparo económico, instituído por vía legal (ley orgánica constitucional); presentando los mismos problemas procesales que el amparo económico frente al recurso de protección: paralelismo procesal e inseguridad jurídica.

De esta manera, el objetivo primordial –la protección de datos personales (necesidad de la sociedad postindustrial)- es un componente de las garantías de un Estado de Derecho contemporáneo, por lo que la legislación sobre la materia resulta imperiosa (la ley francesa y alemana dan cuenta de modelos exitosos), lo mismo que una reconstrucción dogmática del artículo 19° N° 4 para desentrañar un derecho a la autodeterminación informática o libertad informática.

Para tal reconstrucción de un derecho implícito o tácito, la jurisprudencia en sede de protección no ha servido, por lo que una reforma constitucional o una ley especial debería instituir la garantía del derecho fundamental, el Hábeas Data.

Informática, vida privada y los proyectos chilenos sobre protección de datos

Christian Suárez Crothers

Mucho se ha escrito últimamente acerca del impacto de la informática en las libertades individuales y, especialmente, en la denominada esfera de privacidad de los individuos. Ellas son siempre sensibles al desarrollo tecnológico, como parece evidente, si adoptamos el criterio de Marshall Mc Luhan, según el cual el modo de transmisión de una cultura influye sobre esta cultura y la transforma[1]. Para el profesor Francis Balle, de otra parte, "los medios de difusión de comunicación, lejos de ser medios perfectamente neutros, determinan los modos de pensar, de obrar y de sentir de la sociedad"[2].

En el mismo sentido evidenciamos el temor de Linant de Bellefonds cuando afirma que "... la informática no es una técnica políticamente neutra: la informatización participa de una dinámica propia que favorece el reforzamiento de los centros de poder (instituciones del Estado y grandes empresas) en perjuicio de las libertades individuales"[3].

Francis Balle distingue en la historia de la comunicación posterior a la invención de la imprenta, tres grandes quiebres o rupturas[4]. La primera ruptura corresponde a la que denomina como la era de las comunicaciones a distancia. Epoca que comienza con la invención del telégrafo eléctrico en 1837 y que culmina, pasando por la invención del

1 Ver Francis Balle. ***Médias et Sociétés.*** Montchrestien, París, 1994, p. 17.

2 *Ibídem*, p. 17 (la traducción es nuestra).

3 Linant de Bellefonds. ***L'informatique et le Droit. Que Sais-Je?*** Presses Universitaires de France, París, 1981, p. 53.

4 Francis Balle. ***Op.cit.***, p.59.

teléfono, con la aparición de la radio y la televisión transmitidas, ambas, por medio de ondas hertzianas.

Una segunda ruptura, se produce a partir de los años 50 con el paso de la electrónica a la microelectrónica, proceso que se produce gracias a los circuitos integrados y, luego, a los microprocesadores. Esta época se caracteriza porque junto al desarrollo de la informática, la instalación de fuentes de cables y de satélites, expande a escala planetaria la presencia de la radio y la televisión.

Pero, finalmente, la ruptura más impresionante en esta historia de las comunicaciones, es la que comienza a producirse entre los años 1985 y 1990, y que es llamada desde 1991-1992, tanto en Japón como en los EE.UU. la "era de la comunicación global". Esta nueva y singular etapa se caracteriza porque es la informática la que "federa" los universos por mucho tiempo separados de lo audiovisual, la teledifusión y las telecomunicaciones.

Pero, ¿en qué sentido la tecnología influye en la esfera de la libertad? A nuestro juicio, desde dos puntos de vista. Primero, desde aquél que Stafford Beer llama de "adaptación" a las nuevas formas de cultura que la tecnología importa[5] y que implica diversas fases, que van desde la comprensión del fenómeno hasta el rediseño de las instituciones[6] y, segundo, desde la generación de nuevas formas de cautelar la libertad, que no son sólo una adaptación al desarrollo tecnológico sino una respuesta directa del Derecho de la libertad ante la nueva tecnología. Ya hemos señalado antes que solo así explicamos la aparición de institutos como el derecho a la imagen, inconcebibles sin la invención de la fotografía y la secuela de medios de difusión de imágenes que le suceden.

Sin embargo, es un error pensar que las nuevas tecnologías y especialmente las tecnologías relativas a las comunicaciones son *per se* un atentado a la libertad.

No siempre en la historia ello se ha manifestado así, más bien en ocasiones ha ocurrido lo contrario, como cuando en el renacimiento

5 Quizás podríamos mencionar como un ejemplo de esta adaptación del hombre a las tecnologías en el ámbito de las libertades la propuesta de Jean d'Arcy, en 1969, de reconocer el derecho del hombre a la comunicación, como una manera de superar el margen estrecho del llamado derecho a la información. Para d'Arcy, su propuesta es más conforme a "... *nos acquis technologiques les plus récents*". Citado por Balle en ***op.cit.***, p. 264.

6 Stafford Beer. **Diseñando la libertad**. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, p. 100.

italiano florece -y principalmente en Venecia- la actividad de los llamados *menanti*, predecesores de los actuales periodistas, y que operan con anterioridad a la invención de la imprenta. Ellos sufren la ofensiva de los poderes establecidos y de la tentación de la censura. En este sentido bien puede decirse que la invención de la imprenta es un paso gigantesco en la conquista de la libertad, no sólo porque permitirá el acceso masivo de la población a la cultura, otrora privilegio de unos pocos, sino también porque será el gran instrumento del futuro Estado liberal y parlamentario deseoso de debate, de discusión y de confrontación de ideas.

El desarrollo de los medios de comunicación de masas, por su parte, ha permitido también, de la mano con la telefonía, la radio y la televisión, una expansión de la libertad hacia grandes masas humanas que han permanecido en un submundo de explotación y de ignorancia durante siglos.

Ciertamente se han derivado también efectos perniciosos, como el llamado efecto herodiano, introducido por los *mass media* y que se caracteriza por la emulación de comportamientos y estilos de vida que responden a esquemas culturales ajenos al mundo de sus receptores, con el desencadenamiento subsiguiente de complejos fenómenos de alienación humana.

Pero, pese a todo, no compartimos nosotros una visión catastrofista del desarrollo tecnológico y más bien nos alienamos dentro de aquellas opciones que propician su control democrático para el resguardo de las libertades.

Es dentro de esta perspectiva como debemos situar el tema de la libertad frente al fenómeno informático. Por cierto, el criterio será el de imaginar las múltiples amenazas que el fenómeno puede conllevar para la libertad personal, quizá sobredimensionando el efecto real de su impacto en la vida social. Es decir, nuestro criterio es aquí un criterio *pro-libertatis*, deseoso de detectar los peligros y de encontrar adecuadas garantías. En consecuencia, no nos constituimos en enemigos del progreso técnico, simplemente ponemos atención en su impacto sobre la libertad.

Bien ha podido afirmar el profesor Balle que "desde Gutenberg, los media son el lugar y el centro de todas las libertades del pensamiento"[7]. En efecto, la libertad de opinión, la libertad de información, la

7 Francis Balle. *Op. cit.*, p. 247.

libertad de prensa[8], la libertad de imprenta no son sino manifestaciones de este hecho.

Sin embargo, y en forma paralela, las declaraciones de derechos del S. XVIII previenen sobre los abusos de estas libertades, especialmente de la libertad de prensa.[9]

Más contemporáneamente, el artículo 19° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos deja claro que estas libertades comportan deberes y responsabilidades especiales y que deben ser sometidas a ciertas restricciones, siempre por medio de la ley. ¿Cuáles son estas restricciones?: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y, b) la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moralidad públicas[10]. En términos similares prescriben las convenciones americana y europea de derechos humanos.

Las legislaciones han ido adoptando en el tiempo mayores precauciones en esta materia, en la que ya no se confía tanto en la solución pretoriana. Así, por ejemplo, en Francia, a través de la Ley de 17 de julio de 1970, se modificaron los artículos 368° a 370° del Código Civil de esa Nación, creando como nuevas infracciones: a) el delito de captación de la palabra o de la imagen de una persona; b) el delito de conservación, divulgación o utilización de la palabra o imagen de una persona; y, c) el montaje de documentos o de imágenes.

Vitorio Frosini ha podido reconocer tres modos de atentar contra la vida privada en la civilización tecnológica: a) En el plano físico, y de manera directa, recurriendo a los nuevos instrumentos de reconocimiento óptico y acústico; b) en el plano psicológico, mediante diversas técnicas para obtener del individuo informaciones sin que éste se de cuenta del significado que estas tienen en la revelación de su vida privada; y, c) en forma indirecta, mediante la recolección, comparación,

8 Suecia es el primer país en instituir la libertad de prensa por medio de una ley dictada en 1766.

9 El artículo 11° de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos entrega a la ley la regulación de los abusos de las libertades de opinión y de imprenta.

10 A partir de 1956 con la puesta en boga por Siebert, Peterson y Schramm, de la doctrina de la responsabilidad de los media se pone mayor atención al efecto que los medios de comunicación tienen sobre las libertades, y particularmente sobre la vida privada. El error de la prensa se dice conduce al error en la opinión del público. Por ello se concibe a la prensa como un verdadero servicio público y, por tanto, sometido también a ciertas cargas.

adición o agregación de datos, incluso minuciosos, que son procesados por ordenadores electrónicos[11].

Este último es el que aquí nos convoca.

La actividad de registro, ya sea manual o automatizado, ofrece en esta época múltiples posibilidades. Casi cabe decir que no hay actos de nuestra vida que no sean susceptibles de ser registrados, desde el nacimiento a nuestra muerte. No sólo el Estado realiza esta ingente labor de registro, censos periódicos y acumulación de información para los más variados fines, como los que se realizan a través de las instituciones educacionales o de salud, los datos recopilados por la policía o los servicios de inteligencia del Estado y las Fuerzas Armadas y, en fin, a través también del registro cada vez más intenso que realizan las empresas privadas en su afán de competencia, de información y de predominio en los mercados, registro que alcanza a los deudores del comercio y de la banca.

Por cierto que esta actividad de registro afecta la esfera de privacidad de los individuos. Un sinnúmero de datos son utilizados por los más diversos operadores, a veces sin que existan regulaciones adecuadas que permitan un control personal y jurídico de los mismos, sin que las legislaciones arbitren instrumentos que faciliten su conocimiento, acceso y rectificación o, lo que es peor, cuando no se contemplan instancias de control que importen una suerte de garantía institucional frente a la utilización de estos datos y a su incorporación en registros a partir de los cuales es posible compararlos, confrontarlos y levantar un perfil de la personalidad no aceptado por las personas.

Esta situación que hoy es estimada como usual, que ha dado lugar a algunos autores para temer grandes transformaciones en el mundo social y político y a pensar que la vigilancia de los poderosos, el *panopticón* de los antiguos, se convierta en una efectiva realidad, en un mundo que para unas minorías que controlan la información se hace cada vez más transparente.

En Derecho público la transparencia se predica de las actividades del Estado y sus voceros, pero es una vieja conquista del Derecho el que el Estado y, hoy se dirá que también los particulares, no se inmiscuyan en aquél ámbito de la vida que no puede quedar entregado a la

11 Vitorio Frosini. **Informática y Derecho.** Editorial Temis, Bogotá, 1988, p.70.

transparencia, simplemente porque sería faltar a las normas mínimas del respeto a la dignidad de las personas, a su pleno derecho a conducir sus destinos de manera libre y voluntaria, y aun en contra de las convenciones en uso. Es humano invocar el derecho al olvido, es humano reparar las faltas pasadas, es humano hacerlo sin que los demás conozcan de todo ello. En sentido liberal clásico, hay que respetar ese derecho de hacer todo aquello que no lesione intereses de la sociedad o de terceros, como hay que respetar que el sujeto que determina qué parte de ese hacer debe quedar privado del conocimiento ajeno, es el propio individuo, en orden a la salvaguarda de su dignidad.

Se comprende, entonces, que la problemática anterior haya dado lugar a que los juristas enfrentaran estos nuevos desafíos, buscando utilizar los viejos moldes que ha concebido el Derecho. La primera tentación es la de buscar una manera de conceder a los sujetos un derecho, un derecho subjetivo, que le permite resguardar su libertad amenazada, su derecho a la personalidad, la conservación de su imagen, la no intromisión en ámbitos que considera reservados. Y es así como se ha intentado dar al derecho a la intimidad, vida privada o a la *riservatezza* una fuerza de irradiación capaz de cobijar bajo su seno estas violaciones a lo que se considera la intimidad informática.

Pero para ello había que salvar un primer escollo. El derecho a la intimidad siempre ha sido concebido como una libertad negativa, como un derecho de defensa. De este modo, era necesario dar un nuevo salto dialéctico y transformar por completo la vieja noción del derecho a la intimidad. Había que concebir este derecho en forma más amplia, entendiendo que también él posibilita a los individuos el control de las informaciones que a su juicio deben permanecer reservadas.

Esta nueva perspectiva del derecho a la intimidad haría, por tanto, aplicable y plenamente suficiente la protección ya consagradas por los textos constitucionales a la protección de la privacidad, sin que por ello fuese necesario recurrir a figuras nuevas, derechos nuevos y discutibles.

También junto a esta perspectiva está la confianza en que son los jueces, a través del proceso de determinación de la norma y su aplicación al caso concreto, de su actividad interpretativa, en quienes debía recaer el mayor esfuerzo de delimitación entre los usos informáticos, el derecho a la intimidad y su relación con los demás derechos a los que se relaciona.

Sostenemos aquí, que esta perspectiva no da respuesta adecuada al problema que se pretende resolver y que no es buen expediente confiar

en soluciones que hayan de surgir exclusivamente por medio de la actividad pretoriana.

En este sentido es digno de alabanza que los legisladores chilenos hayan comprendido esta necesidad, y que ya desde hace algún tiempo, se venga perfilando en Chile la idea de legislar en estas materias.

¿Cuáles son las razones que invitan a desarrollar una legislación específica?

1. Los condicionamientos de la sociedad informática al Estado de Derecho.

La construcción del Estado ha supuesto, desde sus inicios, un uso ingente del instrumental proporcionado por la técnica. La necesidad de organización de los estados nacionales y de afirmación de su independencia y diferencia frente a los demás, ha implicado históricamente la gestión de una burocracia administrativa creciente, la organización de la producción y el consumo y la racionalización de la actividad de Defensa[12]. En este sentido puede afirmarse que la técnica, como racionalidad instrumental[13] es y ha sido siempre"... la plataforma giratoria... de la modernidad"[14].

Sin embargo, la Revolución francesa ha significado el aceleramiento más profundo de esta dimensión racionalizadora, cuya base teórica y filosófica se encuentra en los propios principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[15].

12 Cfr. Alain Touraine. **Crítica de la Modernidad.** Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1993, p. 192.

13 También para García Pelayo, "...la mera presencia de la racionalidad instrumental no parece definir la época postmoderna o ni siquiera la moderna; más bien una de las características de la modernidad es que la técnica, hasta entonces empírica y plenamente artesanal, comienza a sustentarse sobre la racionalidad científica objetiva ... Por otra parte ... nuestra civilización tecnológica no se plantea tanto qué con las cosas -y, entre ellas, la Razón- cuanto cómo se hacen las cosas o cómo funcionan. Y bajo estos supuestos, se abre la vía al desarrollo de una racionalidad destinada a lograr objetivos concretos e inmediatos quizá sin meditar las consecuencias que puedan tener sobre la totalidad o sobre la consecución de otros objetivos." En entrevista publicada en **Anthropos**, Barcelona, núm. 59, 1986, pp. 16-20, por Carlos Gurméndez, bajo el título: "Sobre la Historia y otros Temas", contenida en sus **Obras Completas**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 3288.

14 Alain Touraine. ***Op. cit.*** p. 192.

15 Cfr. Eduardo García de Enterría. **La lengua de los derechos. La formación del**

El Estado de Derecho ha sido la forma jurídica en que se ha externalizado este proceso de racionalización que se acrecienta con la Revolución y con el triunfo del ideal burgués que estructura la libertad sobre la base de la igualdad formal de los ciudadanos. La ley se convierte entonces en el principal instrumento de conformación del Estado Democrático de Derecho, de la distribución de sus poderes, y del desarrollo del mercado con la apertura de las barreras internas, la eliminación de los privilegios y la consagración del principio de la libre circulación de los bienes y de las personas. La ley, como instrumento de la libertad, de acuerdo con la más pura y clásica noción kantiana, como factor desencadenante del progreso.

Esta relación entre el Estado con el Derecho y la ley como principio de libertad sufre una transformación con el advenimiento de la sociedad industrial y con los automatismos y condicionamientos que impone el proceso técnico a la sociedad, a los individuos y al propio Estado. Identificar al Estado con el proceso técnico importa -ha dicho Forsthof- la negación práctica de la libertad, idéntica o muy parecida a aquella que se produciría con la total indiferencia del Estado frente a su desenvolvimiento[16]. El Estado debe entonces cumplir con su papel de regulación legal normativa, para someter, dentro de lo posible, el desarrollo técnico al marco específico que exija la sociedad.

Esta situación descrita por Forsthof respecto de la República Federal Alemana como paradigma de la sociedad industrial, se vería modifica-

---

Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 109.

16 Señala Ernst Forsthof (**El Estado de la Sociedad Industrial**. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975) tres posibilidades de plantear la pregunta sobre la relación entre la realización técnica y el orden político estatal. La primera aproximación consiste en identificar ambas nociones, de manera que se visualice al Estado como el "señor y promotor del proceso técnico", sirviendo la técnica de instrumento del poder estatal. Una segunda perspectiva es aquella en que el Estado se limita a establecer, a fijar el marco dentro del cual se desarrolla la realización técnica y, finalmente, la tercera consistiría en que el Estado deje vía libre al desarrollo técnico pasando a cumplir sólo una función complementaria dentro de la sociedad industrial. La primera aproximación, de carácter utópico ha sido las que han intentado realizar las sociedades comunistas e importan "necesariamente la negación de la libertad individual" (p. 63) y la sin atender a otro orden de razones ... (convirtiéndose) ... por fuerza (en) indiferente ante lo humano". (p. 67). La segunda perspectiva, es entonces la más adecuada. "La sociedad industrial sería incapaz de sobrevivir sin una transformación social así realizada. La necesidad de regulaciones legal normativas por parte de la sociedad es enorme ..." (p. 75), dice Forsthof, para contener y someter a límites los efectos del desarrollo autónomo del proceso técnico.

do en el Estado de la sociedad post-industrial, en el que el marco de las relaciones de estratificación y poder se transforman muy principalmente, de acuerdo con el siguiente esquema propuesto por Daniel Bell[17]:

Pre-industrial	Industrial	Post-industrial	
Recursos	Tierra	Maquinaria	Conocimientos
Locus social	Granja Plantaciones	Empresa de negocios	Universidad Centros de investigación
Figuras dominantes	Terratenientes Militares	Hombres de negocios	Científicos Investigadores
Medios de poder	Control directo por la fuerza	Influencia indirecta sobre las decisiones políticas	Equilibrio de fuerzas técnico-políticas Franquicias y derechos
Base de clase	Propiedad Fuerza militar	Propiedad Organización política Preparación técnica	Preparación técnica Organización política
Acceso	Herencia Apropiación mediante ejércitos	Herencia Patronazgo Educación	Educación Movilización Cooptación

La sociedad post-industrial que se constituye a partir de la segunda mitad del presente siglo es propiamente la sociedad de la información o "sociedad informatizada"[18]. Se caracteriza, desde un punto de vista positivo, en palabras de Vittorio Frosini por crear "una nueva posibilidad de unificación de la sociedad humana, con la circulación de la información extendida a todos..."[19]. El desarrollo de las tecnologías de la información ha originado de este modo una nueva revolución cultural, un cambio antropológico "...que modifica la imagen del hombre anterior y la convierte en la de un hombre puesto en los confines del automatismo antropomórfico..."[20].

La revolución informática constituye para el jurista italiano un cambio de civilización, tan importante como el que dio paso de la comunicación oral a la escritura, a la invención de la imprenta, y al efecto de comunicación instantánea de las *mass media*[21]. A través de ella se hace

17 Daniel Bell. **El advenimiento de la sociedad post-industrial.** Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 412.

18 Jean-Francois Lyotard. **La Condición Postmoderna.** Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 1989, p.13.

19 Vittorio Frosini. **Informática y Derecho.** Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1988, p. 34.

20 *Ibidem*, p. 34.

21 *Ibidem*, p. 84.

posible el desarrollo de la inteligencia artificial y la acumulación de grandes cantidades de información.

Como ha expresado Francisco Romero Marín: "Estamos recorriendo el camino de una sociedad apoyada en un flujo de innovaciones técnicas materiales, como ha sido la llamada sociedad industrial, a otra que se asienta sobre un flujo de innovaciones técnicas abstractas, así como sobre la organización del aumento de saber en corporaciones especializadas en el desarrollo del conocimiento"[22].

Surge, por tanto, una necesidad de comprensión de este nuevo fenómeno desde la perspectiva del Derecho Público. Al respecto ha dicho García Pelayo que "...lo característico de nuestro tiempo, por debajo de las apariencias y las discrepancias, es constituir la época de la civilización científico-tecnológica, fenómeno complejo de describir pero al que nos atrevemos a sintetizar como una etapa histórica caracterizada por la vigencia de una nueva realidad creada por el hombre, que supera las limitaciones e incluso en muy amplia medida la necesidad o la coacción del mundo natural, pero que se impone tan enérgicamente a través de lo que Schelsky llama la "legalidad (o la coacción) de las cosas (*Sachgesetzlichkeit y Sachzwang*)...(que introduce)... una legalidad de índole bien distinta de la natural o de la jurídica, pero no por eso menos, sino más determinante que ellas"[23]. Sobre los efectos del desarrollo tecnológico, agrega el distinguido constitucionalista español, que: "... el desarrollo tecnológico ha dilatado nuestro horizonte y posibilidades vitales hasta límites a veces ni siquiera soñados, ...(y)... ha puesto a nuestra disposición un gran número de bienes y servicios y... nos ha liberado de tradicionales limitaciones y servidumbres. Pero –también al igual que otros- pienso que simultáneamente nos ha creado fuertes dependencias frente a las grandes organizaciones y sistemas complejos que hace posible tal desarrollo: que nos somete a un proceso de homogeneización a costa de nuestras particularidades personales y colectivas; que acrece el *gap* entre los pueblos desarrollados y subdesa-

22 Francisco Moreno Marín. "La Informática en la actividad del Estado. la Administración de Justicia". En: **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, N° 12, Monográfico "Informática y Derecho", Madrid-Septiembre, 1986, p. 306.

23 Manuel García Pelayo. "¿Qué libros y autores han configurado de manera decisiva nuestra época?" Entrevista publicada en febrero de 1972 en **Imagen**, revista del Instituto Nacional para la Cultura y Bellas Artes, Caracas, contenida en sus **Obras Completas**, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3252.

rrollados; que amenaza algunas de nuestras libertades tradicionales; que crea grandes posibilidades de control de nuestras vidas por parte del poder político..."[24].

¿En qué medida este tipo de sociedad produce efectos sobre la estructura clásica del Estado de Derecho? Es la cuestión que intentaremos responder en los epígrafes siguientes.

2. La tendencia a la concentración de poderes.

Ha afirmado H. Schelsky que: "la soberanía del Estado no se manifiesta sólo por el hecho de que monopolice el uso de la violencia (Max Weber) o decida el estado de excepción (Carl Schmitt), sino ante todo por el hecho de que decide el grado de eficacia de todos los medios técnicos que existen en su seno, y de que se reserva aquéllos cuya eficacia es más elevada y puede prácticamente situarse a sí mismo fuera del campo de aplicación de esos medios técnicos que impone a los otros".[25]

Por cierto que esta actividad de dominio del Estado sobre la técnica puede ser positiva si se analiza en los términos en que Forstoff enfocaba el problema para la sociedad industrial, pero también tiene un cierto carácter ilusorio si se aquilata la relativa autonomía con la que el desarrollo técnico se produce.

Esta tendencia a la concentración de poderes suele ser invocada por los autores como uno de los principales efectos a que conducen las tecnologías de la información. Lyotard lo explica en el cambio de legitimidad del saber en una sociedad informatizada, en que los modelos emancipatorios o idealistas dan paso a una forma de saber que sólo recibe su fuente de legitimación del poder, del "control sobre el contexto" que es dable proporcionar a la informatización generalizada. Remarca el filósofo francés, que: "El Estado y/o la empresa abandona el relato de legitimación idealista o humanista para justificar el nuevo objetivo: en la discusión de los socios capitalistas de hoy en día, el único objetivo creíble es el poder. No se compran *savants*, técnicos y aparatos para saber la verdad, sino para incrementar el poder"[26].

24 Manuel García Pelayo. *Op. cit.*: "Sobre la Historia y...", p. 3289.

25 H. Schelsky, H. *Der Mensch in der Wissenschaftlichen Zeitalter*. Colonia, 1961, pp. 24 y ss. Citado por J.F. Lyotard, *op. cit.*, p. 30.

26 Jean-Francois Lyotard. *op. cit.*, pp. 86 y 87.

Ahora bien, tal y como señala Lyotard, la dinámica de crecimiento del poder no es sólo predicable de las instituciones públicas y del Estado, sino también, y de manera muy significativa, del sector privado: de las grandes corporaciones financieras, bancarias, industriales y de telecomunicaciones. En palabras de este autor: "El "redespliegue" económico en la fase actual del capitalismo, ayudado por la mutación de técnicas y tecnologías, marcha a la par ... con un cambio de función de los Estados. Digamos, para ser breves, que las funciones de regulación y, por tanto, de reproducción, se les quitan y se les quitarán más y más a los administradores y serán confiadas a autómatas. La cuestión principal se convierte y se convertirá más aún en poder disponer de las informaciones que estos últimos deberán tener memorizadas con objeto de que tomen las decisiones adecuadas. La disposición de las informaciones es y será más competencia de expertos de todos los tipos. La clase dirigente es y será cada vez más la de los "decididores". Deja de estar constituida por la clase política tradicional, para pasar a ser una base formada por jefes de empresa, altos funcionarios, dirigentes de los grandes organismos profesionales, sindicales, políticos, confesionales".[27]

Este traspaso de poderes a quienes ejerzan el control de la "tecnoburocracia" puede implicar, ciertamente, si es que ya no constituye una realidad bien patente, un déficit importante de democracia, que altere, como veremos, el principio tradicional de separación de poderes. Es a ello a lo que apunta Lyotard cuando sugiere una mutación en las funciones del Estado. Si "la cuestión del Estado se encuentra estrechamente imbricada con la del saber científico"[28] el mayor peligro habrá de consistir en que ni siquiera desde el punto de vista moral es posible construir una teoría de la justicia que descanse en las hipótesis de Rawls sobre el "velo de la ignorancia". Indudablemente, el fenómeno de la transparencia de lo público, lo será cada vez más para quienes ejerzan el control sobre las informaciones, para la casta de los llamados por Lyotard "decididores", que controlan la tecnoburocracia, pero no para las grandes masas de los ciudadanos, que inmersos en las llamadas "narrativas tradicionales", permanecerán –si los controles democráticos no se acentúan- en un velo de la ignorancia muy cercano al del oscurantismo.

27 Ibidem, p. 35.
28 Ibidem, p. 61.

Tal circunstancia, por tanto, no es indiferente ni trivial para la teoría del Estado y de la Constitución, más aún si se considera que uno de los objetivos de las disposiciones constitucionales es el perfeccionamiento de las reglas del consenso social produciendo nuevos paradigmas[29].

3. El reforzamiento de la Administración

En consecuencia, como nos recuerda Moreno Marín, "existe el riesgo de la acumulación de grandes masas de información sobre los ciudadanos y la aparición de un nuevo corporativismo entre los poseedores, reales o presuntos, de las nuevas técnicas"[30].

En el ámbito público es el Poder Ejecutivo quien goza de las mayores posibilidades técnicas y presupuestarias para la utilización de los nuevos medios que proporciona la tecnología informática.[31] El Gobierno, en su función administradora, no puede prescindir de un instrumento tan eficaz como el que las nuevas técnicas le proporcionan. Por medio de su uso, el Estado puede "recoger, almacenar, clasificar, racionalizar y transmitir los datos e informaciones necesarios para la gestión de toda clase de servicios y actividades ... (como asimismo) ... difundir el contenido de los registros informatizados a altas velocidades e intercambiar los datos disponibles en todas las direcciones"[32].

El peligro de concentración de informaciones en la administración o en sus agencias, ha sido ejemplificado por Pérez Luño, en los EE.UU., "el país que cuenta con la tecnología informática más avanzada" y, en donde, a juicio del filósofo del Derecho español, se han producido las mayores consecuencias sociopolíticas que el fenómeno pueda producir, partiendo por las ocasionadas en el caso Watergate. Señala el profesor Pérez Luño que en el sector público de ese país, "... varios millones de *dossiers* sobre actitudes individuales se hallan en manos de la C.I.A. y del Pentágono. Para comprobar la progresión de los datos almacenados baste tener presente que el *National Crime Information Center* del F.B.I. disponía en 1967 de 346.124 *dossiers*, que pasaron a ser 3.330.220 en

29 Ibidem, cfr., p. 60.
30 Francisco Moreno Marín. *Op. cit.*, pp. 314.
31 Ibidem, cfr., p. 310.
32 Ibidem, p. 313.

1971 y que hoy se han multiplicado por 19; en idéntico período, por lo que se refiere a informaciones transmitidas, se pasó de 7 a 25 millones"[33].

Señala este mismo autor que, para Europa, la Sentencia Klass del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando la necesidad de combatir eficazmente la amenaza del terrorismo y el creciente problema del desarrollo de las técnicas de control y vigilancia de los gobiernos, ha señalado que "las medidas de vigilancia y de control deben hallarse supeditadas a ciertos límites en una sociedad democrática "para impedir que se deslice insensiblemente hacia el totalitarismo. Ya que en otro caso se corre el riesgo de que estas medidas puedan llegar a destruir la democracia con el motivo de defenderla". Por ello, el Tribunal Europeo sentó la importante tesis de que el poder de controlar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado-policía, "no es tolerable según el Convenio sino en la medida estrictamente necesaria para la salvaguardia de las instituciones democráticas"[34].

Pero la recogida de informaciones por razones de defensa nacional o de seguridad pública constituye, en verdad, sólo un aspecto –y probablemente limitado- del cúmulo de las informaciones que diariamente la Administración recoge sobre los ciudadanos.

En los últimos años se ha producido una tendencia a la informatización y establecimiento de redes informáticas en los ámbitos del Gobierno y la Administración. En España el llamado Proyecto REINA (Recursos Informáticos de la Administración) demostró que la mayor presencia de equipos informáticos "...están a disposición de los Ministerios de Hacienda e Interior"[35], es decir, precisamente en aquellas dependencias gubernativas desde las cuales se justifica una mayor disposición a la vigilancia fiscal o de seguridad ciudadana. Sin perjuicio de reconocer las "innumerables ventajas" que la informatización de la función ejecutiva trae consigo, el profesor Pérez Luño, advierte que

33 Antonio-Enrique Pérez Luño. "La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo". **Anuario de Derechos Humanos**, N° 4. Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, p. 267. Las informaciones son recogidas por el autor del libro de A.F. Westin y M.A. Baker, ***Databanks in a Free Sociey***, Quadrangle Books, New York, 1972, pp. 4 y ss. y del libro de A.F. Westin, ***Impact of Computers on Privacy***, en Datamation, 1979, vol. 25, núm. 14, pp. 190 y ss.

34 Ibidem, p. 267.

35 Francisco Moreno Marín. ***Op. cit.***, p. 313.

"...en este terreno quizás estemos asistiendo a un exagerado uso de los medios electrónicos, lo que, en muchas ocasiones, más que una garantía para los administrados comporta una peligrosa ingerencia en su vida privada. El fenómeno del progresivo empleo de medios electrónicos por el Ejecutivo –agrega- se halla cada vez más extendido, hasta el punto de que se hace preciso velar para que tal empleo se circunscriba al cumplimiento de las funciones que le corresponden y no se actúe en detrimento de la intimidad personal; en otras palabras: es preciso que el ejecutivo vea en la tecnología un medio, adecuado a las exigencias de nuestro tiempo, para hacer plenamente efectivos los derechos públicos subjetivos, antes que un mero aparato de control social"[36].

En Italia, la constitución de un sistema informativo con sede en la Presidencia del Consejo de Ministros, ha sido justificada por Mauricio Italo Balla y Matelda Grassi, en la necesidad de disminuir los riesgos en la toma de decisiones, modificar los procesos de gestión y en el logro de una mayor eficacia de los servicios[37]. En este estudio se propone la conexión con servicios informativos externos, la creación de una base de información para la monotorización de la actividad de gobierno y, la preparación de instrumentos para la gestión automática de los archivos y de la documentación interna[38].

En Chile, luego del fracaso –por razones conocidas, en la década del 70- del llamado Proyecto Cinco, que dirigía el entonces Ministro del Presidente Salvador Allende, Fernando Flores, a través del cual se buscaba generar en la Presidencia de la República un centro computacional en el cual fuera posible registrar instantáneamente información sobre las más diversas materias que interesaran al gobierno de la Nación[39], el

36 Antonio-Enrique Pérez Luño. **Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico)**. Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 1976, p. 31.

37 Crf. Mauricio Italo Balla, Mauricio y Matelda Grassi. "La Informática Político-Jurídica como apoyo de la actividad de Gobierno". En **Documentación Administrativa**. Núm. 199, p. 96.

38 Ibidem, cfr., *passim*.

39 En la formulación de este proyecto tuvo una gran influencia el profesor inglés Stafford Beer, que formaba parte de la Comisión. Para analizar el espíritu de su propuesta, revisar su libro ***Designing Freedom***, de 1974, traducido al español como **Diseñando la Libertad**, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977. Fernando Flores pasó, posteriormente, a formar parte de la dirección del "Centro Mundial para el desarrollo de los usos sociales de la micro-informática", creado a instancias del Gobierno de Miterrand, con fecha 20 de noviembre de 1980, con el objeto de contribuir desde un punto de vista cibernético al mejora-

gobierno del Presidente Aylwin creó, bajo la dirección del Ministerio del Interior, un Grupo Interministerial Informático, encargado de interconectar en red a los distintos ministerios y servicios de la administración con las intendencias y gobernaciones regionales provinciales, así como una red que uniera a la mayor parte de los municipios del país[40].

Todas estas iniciativas obedecen, sin duda, a loables objetivos de mejoramiento de la eficiencia y la eficacia de la tarea administrativa, pero es indispensable que sean sometidas a controles políticos y jurídicos igualmente eficaces, para garantizar el pluralismo informativo de los poderes del Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esta materia el profesor español José María Souvirón ha insistido en la conveniencia "... de recorrer caminos de equilibrio entre el interés público y los derechos de los ciudadanos"[41].

4. Las consecuencias en el esquema de separación de poderes en el Estado

Los efectos que en la práctica de la separación de los poderes del Estado puede producir la tendencia a la concentración del poder informativo del Estado, han sido descritas por André Vitalis[42]. En la consideración de la informática como factor de desequilibrio de los poderes del Estado, el profesor galo y miembro fundador del *Centre de coordination pour la recherche el l'enseignement en informatique et société*, ha mencionado dos aspectos: a) el debilitamiento de los controles parlamentarios y, lo que él denomina, b) *La dépendance des collectivités locales.*

---

miento de las estrategias de desarrollo económico de los países del tercer mundo. El primer presidente de esta Comisión fue Jean-Jacques Servan Schreiber. Cfr. la crítica que hace a esta Comisión el profesor italiano Vittorio Frosini, en ***op. cit.***: "Informática y...", pp. 132 y 133.

40 El Grupo Interministerial Informático fue constituido mediante Decreto del Ministerio del Interior en el curso del año 1990, su primer Presidente fue el entonces Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo, Gonzalo Martner Fanta y su Secretario General, el actual Subsecretario del ministerio de Obras Públicas, ingeniero Germán Quintana.

41 José María Souvirón. "En torno a la juridificación del poder informativo del Estado y el control de datos por la Administración". **Revista Vasca de Administración Pública**, N° 40, setiembre-diciembre 1994, p. 126.

a) El debilitamiento de los controles parlamentarios

Para Vitalis el debilitamiento de los controles parlamentarios tiene como base, en el caso de Francia, la posición dominante que cada vez ha ido adquiriendo el Poder Ejecutivo, acompañado de la legitimación que ha alcanzado con la introducción del sistema de elección presidencial directo. Este sistema coloca al Jefe del Estado en una situación superior, que le permite controlar (y manipular) de mejor forma la administración y relegar a un papel secundario a las instancias de representación. El Parlamento quedaría así reducido al de una Cámara de registro, a un *réservoir d'idées*, quedando las libertades sometidas a un esquema de estrecha vigilancia que la informatización de la administración agudiza[43].

Esta prevención realizada por Vitalis para el sistema político francés es perfectamente homologable a los regímenes parlamentarios del resto de Europa, donde la tendencia ha sido la de fortalecer el papel del Ejecutivo[44]. Recientemente, en Italia, el movimiento de reforma constitucional parece encauzarse precisamente en este sentido, y es común escuchar la conveniencia de aplicar al caso italiano las modalidades del sistema semipresidencial francés, que supone la existencia de un Ejecutivo vigorizado.

En Latinoamérica, a su vez, el modelo presidencial ha formado parte de la tradición de los Estados desde su independencia, pese a la tendencia actual a la introducción de reformas dentro del sistema hacia esquemas parlamentarios o semipresidenciales[45].

En España, la existencia de un régimen parlamentario que se ha caracterizado durante gran parte del gobierno socialista, por la concurrencia de un gobierno de mayoría absoluta, ha generado igualmente la crítica política y académica hacia las prácticas "presidencialistas" del

42 André Vitalis. ***Informatique, Pouvoir et Libertés***. Económica, 2ª. Ed., París, 1988.

43 Ibidem, cfr., p. 124.

44 Cfr. Manuel García Pelayo. "Es teóricamente posible un mundo con una ideología fija e inmutable". Entrevista publicada el 25 de junio de 1966 en el **Nacional** de Caracas y que forma parte de sus **Obras...**, ***op. cit.***, p. 3241. Respecto al régimen semipresidencial francés, Jacques Robert, ha hecho hincapié durante el curso celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, durante el año académico 1994-1995, sobre el extraordinario poder ejercido por el Presidente de Francia, a su juicio, aún mayor que el correspondiente al Presidente de los Estados Unidos.

45 Cfr. Carlos M. Ayala Corao. **El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su reforma**. Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1992, *passim*.

Gobierno, suscitándose una polémica global sobre el funcionamiento mismo del Parlamento, el papel de la oposición y el reforzamiento de los controles parlamentarios[46].

Para Vitalis, el papel rector del Ejecutivo se ha visto además acrecentado, en desmedro del parlamento, por el reforzamiento de los sistemas de información en los niveles centrales de la administración, la transferencia del poder informativo entre los centros mejor equipados y más poderosos, como los ministerios de Guerra y de Finanzas, de Justicia e Interior, y por un nuevo tipo de centralización, a la que denomina *les systémes d'information interadministratifs*. A través de estos últimos es posible influir notablemente en los procesos de tomas de decisión, sin que esos sistemas queden afectos a un adecuado control político. Es el caso, por ejemplo, de la formación de bancos de datos sectoriales que, pese a su carácter interministerial, logran ser utilizados por ciertas dependencias ministeriales más poderosas o interesadas en su utilización[47].

En un esquema tal el proceso de toma de decisiones corre el riesgo de desnaturalizarse, poniendo en tela de juicio el sentido último del sistema de gobierno representativo, que no es otro que poner freno al poder despótico[48], a través de representantes "esclarecidos del pueblo

46 En palabras del profesor Lucas Verdú: "El sistema español actual de mayoría absoluta perjudica al pluralismo político, intercepta y desvirtúa el tracto procesal-electoral parlamentario. La mayoría absoluta impone cuotas de poder en el Tribunal Constitucional, en el Consejo General del Poder Judicial, en el Tribunal de Cuentas y en el Consejo de Televisión ... La libertad e independencia de los operadores jurídicos sufre en su entraña por muy honestos y virtuosos que sean sus titulares. ¿Quién puede resistir a las finanzas, a los medios oligopólicos que controlan la publicidad y a la partidocracia que manipula la dinámica electoral y parlamentaria? Cfr. ***Op. cit.*: La Constitución en la** ..., p. 112.

47 Cfr. André Vitalis. ***Op. cit.***, pp. 116 a 123.

48 Como se señala en la *"Encyclopédie ou Dictionaire raisoné des Sciences, des Arts et des Métiers"*, cuando se explica la voz "representantes": Señalaba Diderot –a quien se atribuye la redacción de este pasaje-: "Los gobiernos adquieren madurez tan sólo a través de avances lentos e imperceptibles: basados inicialmente en la fuerza no pueden mantenerse, sin embargo, sino a través de leyes justas que aseguren las propiedades y los derechos de cada ciudadano, y que lo protejan de la opresión; los hombres se ven finalmente impulsados a buscar en la equidad remedios contra sus pasiones. Si la formación de los gobiernos no hubiese sido ordinariamente la obra de la violencia y la sinrazón, se habría comprobado que no puede haber sociedad duradera si los derechos de cada uno no son puestos al abrigo del poder, que siempre desea abusar; en cualquier mano que se deposite el poder, se vuelve nefasto, si no es frenado por ciertos límites ... Ningún hombre, por muy ilustrado que sea, es capaz de gobernar una nación entera sin consejos y sin apoyos; ningún estamento del Estado puede tener la capacidad o voluntad de conocer las necesidades de los demás; así el soberano imparcial debe escuchar las

que controlen el ejercicio del poder político. En su clásico libro sobre el gobierno representativo John Stuart Mill se preguntaba sobre la verdad de aquella vieja afirmación por la cual se preconizaba "que si se encontrase un buen déspota la monarquía despótica sería la mejor forma de Gobierno". Stuart Mill rechazaba inicialmente esta idea por su imposibilidad práctica. "El hecho –decía- es que para realizar todas esas condiciones [encontrar un individuo eminente, virtuoso e inteligente, capaz de hacer buenas leyes y de dirigir la administración con acierto] hace falta un monarca que no solamente sea bueno, sino que sea capaz de verlo y examinarlo todo. Debe hallarse informado exacta y minuciosamente de cómo son dirigidas y funcionan a todas las ramas de la administración en todas las partes del reino: durante las veinticuatro horas del día, que es el plazo de que dispone el Rey como el más simple artesano, ha de otorgar a cada esfera de tan vasto campo una parte suficiente de atención y de vigilancia..."[49], todas son condiciones, como puede verse, que la informática es hoy perfectamente capaz de poner a disposición de los gobernantes. El pensador inglés, sostenía sin embargo, que ni aún cuando dichas condiciones pudieran ser cumplidas era deseable un tal tipo de gobierno, porque "¿Qué clase de hombres pueden formarse bajo parecido régimen?", se preguntaba. Sólo alguno –era su respuesta- que al cabo de cierto tiempo recayera "en la condición de un pueblo oriental"[50], esto es, en el despotismo.

Por ello el gobierno perfecto, decía Stuart Mill es el representativo, esto es, aquél en que "la nación, o al menos una parte numerosa de ella, ejerza, por medio de diputados que nombra periódicamente, **el poder supremo de inspección e intervención**"[51]. Pero tal poder no podrá ejercerse adecuadamente, cuando: 1. Reinen la ignorancia y la

opiniones de todos sus súbditos y está igualmente interesado en comprenderlos y en remediar sus males. Pero, para que los súbditos se expliquen ordenadamente, conviene que tengan sus representantes, es decir, ciudadanos más esclarecidos que los demás, más interesados en la cosa pública ... cuya situación les coloca en posición de sentir las necesidades del Estado, los abusos que en él se introducen y los remedios que conviene aportar". Ver, Denis Diderot y Jean Le Rond d'Alembert. **Artículos políticos de la Enciclopedia**, Selección, traducción y estudio preliminar de Ramón Soriano y Antonio Porras. Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 178 (las negritas son nuestras).

49 John Stuart Mill. **Del Gobierno representativo**. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 30.

50 Ibidem, p. 32.

51 Ibidem, p. 54 (las negritas son nuestras).

incapacidad generales del cuerpo legislativo; o, 2. Cuando la Asamblea se haya sometida a intereses que no se identifican con el bienestar general. Los cuerpos representativos –decía Stuart Mill- deben poseer y ejercer "seriamente un derecho de inspección general"[52]. El sistema habrá de peligrar "si la Constitución de la representación no asegura una dosis suficiente de inteligencia y de saber a la Asamblea representativa"[53].

Pues bien, no está demás recurrir a los viejos principios para observar si tales prevenciones se cumplen en las sociedades complejas en que actualmente vivimos. ¿Es posible afirmar, que los actuales cuerpos representativos gozan de esas virtudes de "esclarecimiento" y de "inteligencia" y de "saber" que les permitan ejercer con seriedad su función fiscalizadora, cuando la función de administrar se ha transformado en inconmensurable?[54]

No es del todo desacertado afirmar que la configuración de contrapoderes fácticos de control de la información pueden ayudar a una práctica parlamentaria eficaz, pero contra esta idea pesa la tradición del secretismo en la realización de las funciones públicas[55], que ha encontrado su desarrollo en el desenvolvimiento y posterior influencia del sistema administrativo francés y en sus reminiscencias del *Ancien Régimen*[56]. Debe recordarse que la llamada doctrina del "móvil político" en los actos de la administración perduró en Francia hasta el dictado de la ley de 24 de mayo de 1872, abandonándose esta doctrina "por una nueva concepción objetivista en consonancia con los fines *d'un Ëtat républicain et de droit*"[57].

---

52 Ibidem, p. 73.

53 Ibidem, p. 74.

54 Para el caso de España, señala Joan Subirats, en "Un problema de estilo. La formación de las políticas públicas en España". Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 38, Madrid 1992, p. 36, que: "A partir de 1982, y resuelta en buena parte la fase institucional-fundacional, queda claro que la decisión normativa, si bien es ratificada por el Parlamento (un Parlamento en el que se ha endurecido la disciplina de los grupos parlamentarios), viene ya "cocinada" desde la administración, y por lo tanto se produce una mayor marginación de ese escenario, teóricamente privilegiado, del procesamiento de los problemas y de sus soluciones".

55 Para Max Weber: "Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones. El gobierno burocrático es por su misma tendencia un gobierno que excluye la publicidad". Vid. **Economía y Sociedad**. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 744.

56 Cfr. *supra*.

57 Cfr. Francisco Caamaño. **El Control de Constitucionalidad de Disposiciones Reglamentarias**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, nota al pie, p. 91.

Desde el punto de vista de la práctica parlamentaria la materia anterior entronca con los llamados derechos de información de la oposición parlamentaria[58].

El constitucionalista alemán, Hans Peter Schneider, ha distinguido entre los derechos de información clásicos de estas minorías, los derechos de información absolutos y relativos. Los primeros pueden ser ejercidos con independencia de la decisión de la mayoría, y se traducen en los mecanismos de la interpelación, la pregunta oral y escrita y el derecho de encuesta; los segundos, en cambio, requieren de dicha decisión y se manifiestan en la solicitud de comparescencia de los miembros del gobierno o de información de ciertas decisiones adoptadas por la Cámara Federal. En ambos casos, sin embargo, el que se otorgue o no la información dependerá de la actitud que asuma el gobierno, quedando abierta la posibilidad de que este se niegue a proporcionarla. Esta situación ha llevado a que se conciba un procedimiento distinto, conocido como de la "autoinformación", por medio del cual sería posible el acceso a ciertos documentos utilizados por el gobiernos. Este derecho fue reconocido en la Constitución de Hamburgo de 1971 como "derecho de requisitoria", de acuerdo con el cual el Senado de Hamburgo se encuentra obligado a presentar los expedientes ante el parlamento regional y sus comisiones cuando hayan sido requeridos por una cuarta parte de los miembros de éste, asegurando de este modo una participación directa de la minoría en el control administrativo.

Para Schneider, sin embargo, dado que la "revisión de expedientes" no aspira a la información suministrada, sino a la autoinformación, ella debe ser entendida como participación del Parlamento en las funciones administrativas, es decir, como "coadministración parlamentaria". Este derecho encontraría sus límites en el bien común, el secreto funcionarial, la confidencialidad, la seguridad del Estado, los intereses exteriores y en la no disminución de la capacidad funcional del gobierno. Schneider considera, no obstante, este derecho como problemático dado que sus soluciones pueden llevar sea a una confusión de responsabilidades entre el Gobierno y el Parlamento o bien a una aplicación estricta del principio de la reserva gubernamental[59].

58 "Un parlamento mal informado –señala Max Weber, en *op. cit.*, p. 745- y, por tanto, sin poder, es naturalmente mejor acogido por la burocracia, siempre que tal ignorancia sea conciliable con sus propios intereses".

59 Cfr. Hans Peter Schneider. **Democracia y Constitución**. Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 1991, pp. 169 y ss.

Vitalis, insiste no obstante, en que el debilitamiento del control se ha hecho inevitable por la crisis de la idea de representación. En una sociedad informatizada, señala este autor, la utilidad de los intermediarios políticos parece perder, por sí misma, importancia. Esta necesidad, justificada en la época en que las comunicaciones eran lentas y limitadas y en que el poder central estaba objetivamente alejado de los ciudadanos, no tendría razón de ser en la era de la radio, la televisión, la informática y de la telemática, en que el Gobierno puede tener una relación directa con los gobernados, como asimismo informarse de mejor forma que el Parlamento, a través de los sondeos de opinión y de los media, de los deseos y aspiraciones de la población. Esta reflexión de Vitalis, parece inspirarse en las nuevas utopías que han surgido con la eclosión de las técnicas informáticas, especialmente con aquella sostenida por Yoneji Masuda de que "el sistema político de la sociedad informatizada supondrá una transmutación de la democracia parlamentaria representativa en una democracia directa participativa", en la que a través de las redes de la información, la simulación de modelos políticos y la retroalimentación de las opiniones individuales se llegue a producir un equilibrio sobre las ventajas y desventajas de determinadas decisiones[60].

Por otra parte, destaca Vitalis, la dificultad del control ante la desigualdad en el "saber" entre los dos poderes del Estado, ha conducido a un empobrecimiento de los debates parlamentarios. Frente a ello, los parlamentos han tendido a munirse de medios técnicos adecuados para contrarrestar su "falta de información". Sin embargo, siendo dependientes como lo son de las fuentes informativas administradas por el gobierno y la Administración, parece ser que la informatización del sector legislativo es sólo un remedio parcial frente a esta dificultad, de escasos efectos si no se contemplan otro tipo de medidas, como la salvaguardia de la independencia de los bancos de datos que proporcionan información al sector público (por ejemplo, transfiriendo su administración a las universidades), o mediante el reconocimiento de un nuevo derecho de control sobre las principales fuentes de producción informativa en materia económica y social[61].

60 Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Op. cit.*: "La contaminación de las ...", pp. 274 - 276.

61 Crf. André Vitalis. *Op. cit.*, pp. 125 - 130.

b. Las consecuencias en el ámbito territorial

El problema anterior se plantea igualmente en el plano de la organización territorial del poder del Estado. La utilización de las técnicas informáticas han sido consideradas desde su aparición como un factor relevante en el desarrollo de políticas descentralizadoras[62] y desde los años 70 puede apreciarse en Europa y los EE.UU. no sólo una ingente utilización de microordenadores por los gobiernos regionales y locales[63], sino también la incorporación en sus agendas de una política de informatización de sus respectivos sectores[64].

La informatización de las unidades territoriales periféricas contribuye sustancialmente a la ejecución de las políticas públicas y a un desarrollo eficiente de la gestión administrativa regional y local, puede contribuir a evitar duplicidades en la aplicación de las políticas y a formular planes de desarrollo que reúnan características de mayor certeza política y técnica que aseguren su viabilidad, así como al mejoramiento de las técnicas de diagnóstico y pronóstico de las necesidades sociales, que faciliten su ejecución.

Sin embargo, desde una perspectiva de la separación de los poderes en la esfera territorial, puede también ser un factor que incremente la relación de dependencia de las unidades territoriales al poder central. El problema presentará naturalmente mayor o menor interés dependiendo del tipo de Estado y de la forma concreta en que se materializa la vinculación Estado-Región, Estado-municipio, poder regional y poder local. El tema es especialmente sensible en materias presupuestarias, especialmente en aquellos estados en que la elaboración del presupuesto de la Nación es competencia del gobierno central y en los que la participación de las corporaciones locales es meramente residual en su elaboración. Allí, indudablemente, las políticas de descentralización del

62 Murray Laver. **Los ordenadores y el cambio social**, 1982, p. 23.

63 José Manuel Castells. **Aproximación a la Problemática de la Informática y Administración Pública.** En Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública, Colección: Administración y Autonomía del Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1986, pp.37.

64 Cfr. Francisco Javier Gainza. **Directrices de la Política Informática del Gobierno Vasco.** José Ibañez I Senserrich: "La informática en la Administración de la Generalidad de Cataluña", entre otros artículos publicados en "Jornadas Internacionales de...", Ibidem, ***op. cit.***, pp. 181 y ss.

presupuesto y las técnicas de control y seguimiento de los programas de desarrollo o de inversión, podrán recibir un aliciente, al contar el gobierno central con los medios necesarios para supervigilar la acción de la administración autónoma o descentralizada del Estado, pero también puede no ser más que un elemento agregado a la mantención del *statu-quo*, en la medida que las políticas y planes territoriales son inducidas por una administración central mejor dotada desde un punto de vista técnico e instrumental[65].

Indudablemente el papel directriz en materia de políticas de desarrollo e inversión corresponde por antonomasia a los órganos del gobierno central, especialmente en aquellos estados con estructura unitaria, en los que el proceso de descentralización implica que las regiones y los municipios encuadren sus planes regionales y locales dentro de la perspectiva más amplia de los grandes objetivos nacionales. Pero una práctica auténticamente descentralizadora debe considerar el respeto a las respectivas autonomías locales y el aseguramiento de un ámbito de decisión pública que no responda a criterios puramente formales. Los estados complejos no escapan a este tipo de consideraciones, y la informática puede también ser en ellos un eficaz instrumento al servicio de una suerte de desnaturalización de los respectivos ámbitos de competencia en la organización territorial del poder, con los déficits democráticos y constitucionales que ello puede comportar[66].

Por cierto, el peligro a que hacemos referencia no reside únicamente en las esferas de decisión económica, sino también en los otros variados aspectos que la teoría y la práctica de la descentralización atribuyen

---

65 Cfr. Joan Subirats Humet. *Op. cit.*: "Un problema de estilo..." El autor señala que entre los recursos más importantes que posee la burocracia (y por cierto, la burocracia central) en el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas es el "control sobre la información". Sobre ello ha dicho: "Ante todo el control sobre la información y su misma capacidad profesional. La burocracia es quien conoce mejor que está realmente sucediendo en la aplicación de los programas públicos, conoce el grado de aceptación que generan y los principales fallos en su diseño que deberían modificarse. De alguna manera pueden implícitamente intercambiar información por influencia en el proceso decisional. El tipo de información suministrada puede conducir a que ciertos tipos de decisiones se consideren inevitables ... Lógicamente no tienen el monopolio ni de la información ni de la capacidad profesional, de hecho cada tema o problema que la Administración se plantea resolver genera sus propias redes de información e influencia, pero el lugar que ocupa la burocracia en el proceso de actuación de los poderes públicos confiere a esos recursos (información, *expertise*) un papel nada desdeñable". Ver p. 49.

66 Subirats estima que en España no son más de 300 personas los auténticos protagonistas de la formulación de las políticas públicas. Ibidem, cfr., *op. cit.*, p. 41.

a las colectividades locales, como la gestión de las políticas medio ambientales, de salud, de educación o del fomento de la cultura. No hay materia en la cual el gobierno central no manifieste interés y es en el seno de esta tensión entre el centro y la periferia donde la eclosión informática debe estar sometida a controles eficaces que eviten las distorsiones en el funcionamiento del sistema.

Es sabido que para el gobierno central la mayor fuente de información está constituida por los datos que les son proporcionados desde estas esferas, en aspectos tan variados como el registro de los ciudadanos en materia civil y electoral o en los catastros urbanísticos, patrimoniales y de salud que son frecuentemente controlados por los municipios[67]. Un conjunto de informaciones, por lo demás, que dada su cercanía a lo que puede estimarse como los intereses más vitales de los ciudadanos pueden incidir, cuando son mal utilizados, no sólo en la disminución de los poderes territoriales, sino en la vida misma de las personas, grupos o asociaciones objetos de la recolección. La técnica de la protección de datos debe proveer, por tanto, a asegurar igualmente este último ámbito de autonomía.

Desde un punto de vista organizacional, que es el que aquí nos interesa, cabe igualmente al Estado otorgar a los órganos del poder territorial los instrumentos técnicos adecuados que les permitan contrarrestar los efectos nocivos que el monopolio del "saber" en el gobierno central puede importar a los niveles decisionales autónomos constitucionalmente garantizados, de modo que la democracia local y las instancias de representación y participación ciudadana en la esfera local no se vean minimizados. Llegados a este punto, similares prevenciones a las que formuláramos en el epígrafe anterior respecto a las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, pueden ser consideradas, de manera que cabe hacer una remisión a lo que ya enunciáramos anteriormente.

5. Tendencia a la disminución de la esfera de autonomía de los individuos

La dignidad de la persona exige reservar a ésta un ámbito de libertad libre de interferencias que coadyuve a su desarrollo autónomo en una

67 Cfr.André Vitalis. *Op. cit.*, p. 131.

sociedad democrática. Esta consideración de un ámbito de autonomía no sujeto a contaminaciones es una pieza clave de todo auténtico Estado democrático de Derecho.

La forma específica en que se ha producido históricamente esta separación entre el Estado y el ámbito de "atribuciones" correspondientes a los individuos, recibe explicación sociológica en el proceso de burocratización del Estado y del Derecho. Sólo "la completa despersonalización de las funciones en la burocracia y la sistematización racional del derecho –ha afirmado Max Weber[68] - han conducido en principio a la mencionada separación", a una "rigurosa distinción conceptual entre un orden jurídico "objetivo" y los "derechos subjetivos" de los individuos por él (el Estado) garantizados".

En consecuencia, si el Derecho constituye una de las formas de dominación legítima en la terminología weberiana, en caso alguno la utilización de esta técnica de control social, especialmente a través de lo que Weber denomina el tipo más puro de dominación legal: la burocrática, puede impunemente transgredir esa esfera de atribuciones que el propio Estado reconoce a los individuos, al dotarlos de personalidad[69]. Menos aún cuando modernamente se postula, en una concepción que indudablemente supera la teoría clásica de los derechos subjetivos que "los derechos humanos tienen que ser reconocidos como fines de la acción política"[70].

La racionalidad burocrática, por otra parte, no es exclusiva del sector público, ella también despliega su actividad en los ámbitos privados, a través de las empresas y grupos de interés. Por su intermedio los ciudadanos son muchas veces sometidos a vigilancia, en conformidad a las propias exigencias de funcionamiento del Estado social o por imperativos del mercado o de la planificación de las actividades económicas. La conservación del orden público, la seguridad nacional o el mejoramiento de las condiciones de salud y educación de la población, son, entre muchos otros, fines que el Estado debe cumplir, y para cuyo cumplimiento requiere de grandes flujos de información sobre sus ciu-

68 Max Weber. ***Op. cit.***, p. 749.

69 Cfr. George Jellinek. ***Op. cit.*** "*Teoría dei Diritti...*", pp.63

70 Otfried Höffe. **Estudios sobre teoría del Derecho y otros ensayos**. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política-19, dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vásquez, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F. 1992 (2ª. ed.), p. 101.

dadanos. Las empresas, igualmente, requieren para desarrollar sus estrategias productivas realizar innumerables encuestas con el objeto de enterarse de los hábitos de consumo y de las preferencias de sus clientes. Esto no es una novedad, y más bien es una constante en el funcionamiento del Estado y las empresas, aún en etapas pre-informáticas.

Lo verdaderamente novedoso es la multiplicación geométrica de informaciones que los detentadores de bases de datos pueden obtener mediante la utilización de las nuevas técnicas de procesamiento informático, la posibilidad de cruzarlas, y de generar bases de información a través de las cuales influir de manera ilegítima en el comportamiento de las personas. Es frecuente la tentación del Estado de recabar ciertas informaciones, con el fin de adoptar medidas de tipo preventivo en materia sanitaria, educativa y policial, de un modo tal que esta actividad ha llevado a veces a clasificar a los ciudadanos en categorías de riesgo que pueden incidir en el curso futuro de sus propias vidas. No sólo la intimidad personal o familiar puede resultar, de este modo, dañada. Hay otros aspectos de la personalidad, como los que se vinculan a la esfera patrimonial, que son cada vez mas requeridos por las empresas prestatarias de servicios, para calificar a sus potenciales empleados y al conjunto mismo de sus posibles clientes. La generalización de las tarjetas de crédito y el uso de cajeros automáticos en las actividades bancarias, de tarjetas sanitarias informatizadas en el ámbito de la salud o de sistemas de compraventa electrónica son un ejemplo de estas nuevas posibilidades, frente a las cuales el individuo se encuentra frecuentemente indefenso. Ocurre, con cierta habitualidad, que la prestación de informaciones es otorgada sin que se requiera el consentimiento de los interesados, o como se sostiene actualmente, sin que ese consentimiento sea un consentimiento informado o ilustrado acerca del uso que podrá darse a esta información. La mayoría de las veces, la información se constituye en una exigencia para el acceso a cierto tipo de prestaciones o servicios, quedando muy reducido el papel de un consentimiento libre de los afectados.

No se trata evidentemente de que deba obstaculizarse esta actividad de información de las empresas o de los servicios estatales. Ellas son un componente indispensable para el buen desarrollo de sus actividades. Se trata únicamente de precaver que ellas afecten esa área indisponible de libertad de los individuos y el aseguramiento de que sus decisiones sean adoptadas con autonomía, con plena conciencia de la valoración

del porqué se adoptan determinadas decisiones, de manera que ellas no respondan a condicionamientos heterónomos de su conducta que no están autorizados por el ordenamiento jurídico.

La regulación de la vida privada en el ordenamiento jurídico chileno

Puede sostenerse que hasta los años setenta "en nuestro país la preocupación, tanto doctrinaria como legislativa, respecto del derecho a la intimidad personal fue muy escasa, y sólo se exteriorizó a través de algunas normas constitucionales y legales de alcance muy relativo, y de dos o tres trabajos de investigación"[71].

En efecto, la situación chilena presenta en la actualidad la paradoja de un sistema que desde el punto de vista del ordenamiento constitucional, muestra unas características que lo colocan probablemente entre las regulaciones más completas del derecho a la vida privada, no obstante carecer de coherencia y sistematicidad en su regulación legislativa.

Es cierto que la Carta fundamental vigente confiere a las personas un mecanismo de defensa rápido y eficiente, que se traduce en la posibilidad de interponer el llamado "recurso de protección" ante las cortes de apelaciones. Sin embargo, como veremos, este mecanismo adolece de ciertas limitaciones.

En el informe presentado por los profesores Pecchi y Ortiz Sepúlveda en las jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Madrid, en el año 1985, estos dos procesalistas de la Universidad de Concepción sostenían que en el caso chileno se presenta la peculiaridad de que su legislación no refleja el estado avanzado de la normativa constitucional sobre la materia, de manera que pareciera "no existir correspondencia entre la garantía que reconoce la Constitución y la protección que entrega la ley"[72].

Debo manifestar mi total acuerdo con dichos autores, y de manera muy especial en el tema que nos ocupa, porque es evidente que aún cuando los ciudadanos puedan disponer de recursos procesales muy avanzados para proteger sus derechos constitucionales, parece lógico que en ausencia de normas legales que den cobertura al conjunto de

71 Carlos Pecchi Croce y Eleodoro Ortiz Sepúlveda. "Tutela Procesal del Derecho a la Intimidad Persona en Chile", en **Revista de Derecho** n° 176, Santiago, 1984, p. 7.

72 Carlos Pecchi Croce y Eleodoro Ortiz Sepúlveda. ***Op. cit.*** p. 15.

fenómenos que un derecho tan visto como el derecho a la vida privada puede admitir, indefectiblemente, los jueces encargados de resolver los asuntos, se verán siempre limitados –a menos de realizar una interpretación que se adecúe con valentía a las proclamaciones constitucionales-, a resolver los casos, de acuerdo con los estrechos criterios de la práctica jurisprudencial ordinaria.

Desde luego no es una impropiedad la formulación de un enunciado como el anterior. Más bien se diría que, desde hace mucho tiempo, existe conciencia en los medios jurídicos chilenos de la necesidad de ampliar los criterios interpretativos de nuestros jueces a las pautas que ya son comunes y no controvertidas en otras latitudes.

Hace ya un tiempo, dos destacados juristas chilenos, en un estudio sobre la intimidad, citaban las siguientes palabras de Goldschmidt: "la intervención del legislador para orientar la jurisprudencia no es necesaria y; en mi concepto, ni siquiera recomendable en los países en que los jueces se muestran capaces de aplicar principios generales, verbigracia, el abuso del derecho. Por el contrario, ella es indispensable en aquellos en que les falte tal capacidad". El comentario escueto pero expresivo de los articulistas, ante las prudentes reflexiones del tratadista alemán, fueron las siguientes: "Estimamos que, teniendo en cuenta el apego de la jurisprudencia a los textos, la falta de vigor de los tribunales para utilizar el trabajo de la doctrina, la ninguna atención que han recibido entre nuestros tribunales los principios generales que no estén en la ley, es la última parte del pensamiento de Goldschmidt la que conviene en Chile"[73].

En idéntico sentido, pero en un tono menos enfático, aunque sugerente, el profesor de la Universidad Católica de Valparaíso, Jorge López Santa María, refiriéndose a la dificultad existente en el ordenamiento jurídico chileno para reclamar directamente indemnización por una lesión a la intimidad, sin recurrir a las disposiciones sobre responsabilidad civil extracontractual, señala:

> "La dificultad deriva de la situación de laguna legal en que se encuentra en Chile, el derecho al secreto de la vida privada. Hay una base constitucional muy importante, que ya se ha indicado.

73 Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente. *Op. cit.* p. 37.

> Mas la implementación legal no existe. En diversos países, por lo demás, el legislador deliberadamente ha dejado a la jurisprudencia la tarea completa de perfilar el estatuto jurídico del derecho a la privacidad, rehusando el ir más allá de una declaración del principio. Los miembros de la Comisión Constituyente entendieron que éste debía ser el derrotero chileno. El tiempo dirá en definitiva, si en nuestra Patria el secreto a la vida privada adquiere contornos precisos únicamente gracias a la obra pretoriana de los tribunales o en razón de la colaboración de los poderes legislativo y judicial"[74].

Ha hecho estas observaciones previas, antes de realizar una explicación más sistemática de la evolución y contenido del derecho en la vida privada en Chile, porque me parecen fundamentales para comprender la naturaleza y el grado de complejidad que representa en nuestro ordenamiento su regulación.

Paso ahora a señalar la dinámica evolutiva de su consagración jurídica.

a. La protección civil de la intimidad.

De modo semejante a lo que ha ocurrido en otras experiencias del Derecho comparado, y particularmente en aquellas que son de algún modo tributarias del modelo francés de Derecho privado, el sistema chileno de protección del derecho a la intimidad ha tenido una trayectoria relativamente paralela.

Por un lado sólo recientemente, con la Constitución de 1980, la noción adquiere una fuerza constitucional plena, al ser reconocido como un derecho autónomo dentro del ordenamiento jurídico, y por otro, en todo el largo tiempo que le precede la normativa se caracterizó, ya sea por el reconocimiento constitucional de algunos de sus elementos, como por la regulación asistemática y restringida de la legislación.

Bien es cierto, que en el aspecto civil, pudo denotar en sus comienzos un relativo grado de avance en comparación con otros ordena-

74 Jorge López Santa María. "Consideraciones sobre el derecho a la privacidad , al Secreto de la Vida Privada", en **Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales** n° 79, Santiago, 1980.

mientos, en la medida que el Código Civil de 1857 contempló expresamente la indemnización del daño producido por una lesión del honor o el crédito de una persona, aun cuando lo hiciera por vía de excepción. Sin embargo, veremos ahora que esta situación es más aparente que real.

A este respecto, prescribe el artículo 2331° del Código Civil:

> "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

¿Pero, qué podemos leer de esta disposición?

Primero, el hecho, ciertamente relevante, del reconocimiento atípico en un Código Civil decimonónico de un derecho subjetivo o de un interés jurídicamente protegido (el derecho al honor), que convierte a la víctima de su lesión en titular de un derecho a exigir la correspondiente reparación.

Segundo, que este derecho a obtener reparación no es extensivo a los diversos aspectos propios de la privacidad, sino que cubre únicamente la lesión del crédito o reputación de una persona. En consecuencia aspectos tales como la violación del domicilio, la intercepción de las comunicaciones y otros derechos relacionados, quedan necesariamente sujetos a un tipo de regulación diverso.

Tercero, que la disposición envuelve la paradoja de dar reconocimiento a un derecho de la personalidad, o extrapatrimonial, con las características propias de derecho autónomo, intransferible, intrasmisible e imprescriptible, pero que sin embargo su lesión está constreñida a la prueba de un daño que no tiene que ver con la lesión misma del derecho, cual es el sufrimiento o la aflicción que ha producido a la víctima, sino con el grado de merma que le ha ocasionado en su patrimonio.

Por cierto, no es de extrañar que esta contradicción se produjera en una época en que la teoría de los derechos de la personalidad no había sido todavía formulada, y más aún si razonablemente se tiene la sospecha de que el autor del Código, que residió por largos años en Ingla-

terra, debió conocer la doctrina patrimonialista que vinculaba estos derechos al de propiedad.

En consecuencia, como es obvio, la disposición estaba dentro de lo que podríamos llamar el espíritu de la época, que sólo consagraba la protección de la persona en consideración a sus bienes, o formando parte de una institución.

Sin embargo, parece evidente que vistas así las cosas, la referencia al derecho al honor carecía de todo sentido, porque de no habérsele mencionado en la disposición, el principio de reparación hubiese igualmente operado por la vía del artículo 2314° que establece la regla general para la responsabilidad civil extracontractual[75].

Es decir, era igualmente menester probar cada uno de los elementos de este tipo de responsabilidad, a saber, la prueba de la culpa, la existencia del daño y la relación de causalidad.

En una segunda etapa, la jurisprudencia admitió la indemnización del daño moral, sin embargo, esta situación no obsta a que el daño deba ser acreditado por la víctima, al igual que los otros elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

Finalmente, y siempre haciendo referencia a la legislación civil, la ley de abusos de publicidad, establece un régimen especial para la indemnización del daño. La particularidad consiste en lo siguiente: establecido el dolo o la culpa en la difusión de hechos de la vida privada, practicado por alguno de los medios de difusión descritos por la ley, el ofendido tiene derecho a obtener reparación sin necesidad de probar el daño moral[76]. La fijación del monto de la indemnización debe ser fijado por el juez tomando en consideración la gravedad y difusión de las informaciones y las condiciones del afectado y de su familia, así como toda otra circunstancia que parezca digna de considerarse. Esta última situación, que se aparta de la regla general de raigambre romanista, según la cual es el juez quien decide el monto de la indemnización, según reglas de equidad, ha sido criticada por parte de la doctrina por estimar que lo importante es la determinación del daño

75 Señala este artículo: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

76 Manian Alvarado. *Op. cit.*, p. 196.

realmente ocasionado y no la consideración de la mayor o menor fortuna del ofensor[77].

Las indemnizaciones relativas al daño patrimonial indirecto deben regirse en conformidad a las reglas generales y, por tanto, habrá de acreditarse el daño.

Aclarado de esta forma el mecanismo resarcitorio de la lesión civil al derecho de la vida privada, que ha regido desde el siglo pasado en Chile, con escasas modificaciones, nos corresponde a continuación hacer una referencia general a las disposiciones legales que, de un modo u otro lo reglamentan para finalizar analizando la preceptiva constitucional, que es la que más directamente nos atañe.

Estas disposiciones son las siguientes:

a) Diversas normas de naturaleza civil y procesal: derecho de demarcación de un predio (844° C.C.), las servidumbres de luz y de vista (Arts. 875° y 878° del C.C.), la reserva que es obligado mantener en los juicios de nulidad de matrimonio (Art. 756° del C.P.C., la reserva de los procesos de legitimación adoptiva (Art. 11° de la Ley N° 16.346), la reserva de algunas piezas de un expediente judicial (Art. 34° del C.P.C.).

b) Las normas sobre secreto bancario.

c) las disposiciones penales que tipifican los delitos de allanamiento de morada (Arts. 144° y 155° del C.P.), violación de la correspondencia (Art. 146° del C.P.), el delito de violación de secretos (Art. 247° C.P.), y los delitos de injuria y de calumnia, entre otros.

d) La Ley N° 16.643 sobre abusos de publicidad.

e) Una serie de normas destinadas a mantener la privacidad de las informaciones en diversas esferas de la actividad, como las que se refieren al secreto estadístico, el secreto tributario (Art. 35° del C.T.), etc.

b. La preceptiva constitucional

Hemos dicho que el derecho a la vida privada, en cuanto tal, no viene a ser reconocido sino a partir de la Constitución de 1980.

77 Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente, en ***op. cit.***, *passim*.

La disposición que lo regula es el artículo 19.4 de la Constitución, y lo hace en los siguientes términos:

> "Artículo 19°.- La Constitución asegura a todas las personas:.. 4.- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.
>
> La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el Tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya, por sí misma el delito de injurias a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan".

Normalmente, también, se estima como parte de su normativa, el artículo 19° N° 5 de la Constitución, que garantiza la inviolabilidad del domicilio, prescribiendo que la Constitución asegura: " 5.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

Las constituciones anteriores, desde la propia Constitución de 1833 y la Constitución de 1925, establecieron explícitamente la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

En la Constitución de 1833 se consideraban estos derechos en los artículos 137° y 138°, formando parte del Capítulo IX de la Constitución titulado "De las garantías de la seguridad y propiedad".

En relación a la inviolabilidad del domicilio, decía la Constitución de 1833, la de más dilatada aplicación en Chile, dado que rigió casi en su integridad hasta la Carta de 1925, que (Art. 137°), "La casa de toda persona que habite el territorio chileno es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente".

Es interesante destacar que un tratadista de dicha Constitución, Alcibíades Roldán, ya consideraba que "La morada particular de toda persona constituye una extensión de sí misma, el centro donde convergen los afectos de que aquella es capaz"[78].

Los principales problemas que representó esta disposición, según comenta el iuspublicista chileno Jorge Huneeus, en su clásica obra sobre la Constitución de 1833, publicada en 1891, hacía referencia a que hasta el año 1880 no se había aún establecido con claridad cuáles eran los "motivos especiales" que justificaban el allanamiento, ni la "autoridad competente" encargada de decretarlo.

Señala Huneeus, que los debates sobre esta materia, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados habían sido numerosos en el correr del siglo, e incluso en los años 1843 y 1864, respectivamente, habían sido presentados sendos proyectos para regularla por los eminentes juristas Mariano Egaña y José Victorino Lastarria, sin que ellos llegaran a prosperar[79].

En general, puede decirse que la mayor parte de la doctrina (Jovino Novoa y el propio Huneeus), sostenían que esta facultad correspondía exclusivamente al juez. Sin embargo, hasta el año 1885, la situación era incierta puesto que la ley entregaba esta facultad, en ciertos casos, a los gobernadores de las provincias.

Desde el 22 de diciembre de 1885, fecha en que se dictó la Ley de Régimen Interior, hasta la dación del Código de Procedimiento Penal en 1894, que reglamentó definitivamente la situación, rigió la normativa de dicha ley y aquella propia de la Ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, pese a lo cual persistió un vacío legal en la materia que sólo fue llenado por el mencionado Código.

"La ley de Régimen Interior estableció, desde luego –como refiere Alcibíades Roldán, el principio de que corresponde a la autoridad judicial dictar los decretos de allanamiento" (p. 175). Los gobernadores sólo podían expedirlos en casos excepcionales, señalados por las leyes, como situaciones de epidemia o inundaciones, delito flagrante o contrabando, o, finalmente, en casos de desórdenes o excesos en estableci-

78 Alcibiades Roldán. *Op. cit.*, p. 174.

79 Jorge Huneeus. **La Constitución ante el Congreso**, 2ª edición, Tomo II, Imprenta Cervantes, Santiago, 1891, p. 234.

mientos destinados a espectáculos o a la recreación de la población, siempre, en estos últimos casos, por medio de una orden escrita de gobernador.

La Ley de Municipalidades, por su parte, confirió "al primer alcalde la facultad de decretar visitas domiciliarias de inspección para fines de salubridad, seguridad y orden públicos, y expedir decretos de arresto y allanamiento en los casos, modo y forma prescritos para los intendentes y gobernadores" (Roldán, p. 175).

El Código de Procedimiento Penal, si bien habría de completar esta normativa, dejó vigentes las facultades conferidas a otras autoridades que la judicial por la Ley de Régimen Interior y de Municipalidades, pero estableció que una vez que el juez hubiese entrado a conocer de un asunto, dichas autoridades debían abstenerse de ejercerlas (Roldán, p. 176) (actual artículo 183° del C.P.P.).

Por su parte, y en este mismo orden de ideas, el Código Penal de 1874, artículo 155°, aún vigente, estableció penas para el empleado público que allanare un templo o casa, "abusando de su oficio", y el artículo 144° del mismo cuerpo legal, estableció las penas correspondientes a todo el que "entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador".

En lo que respecta a la inviolabilidad de la correspondencia, establecía la Constitución (Artículo 138°) que "La correspondencia epistolar es inviolable. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos, sino en los casos expresamente señalados por la ley".

A juicio de Huneeus, esta garantía es absoluta y no admite "otras limitaciones que las que el Derecho Internacional autoriza en caso de guerra exterior". Más adelante, expresa: "Esta excepción única de la regla consignada en la primera parte del artículo 138° se rige, no por nuestra Constitución, sino por el Derecho de Gentes".

Reformada la Constitución en el año 1874, la creencia de que en los casos de estado de sitio o conmoción interior esta garantía quedaba exenta para el Ejecutivo, "no sería sostenible en sentido alguno"[80].

Sin embargo, como el mismo Huneeus refiere (p. 348), existían leyes especiales que autorizaban abrir, interceptar o registrar papeles y efectos. Estas leyes eran: las leyes de aduana, las disposiciones del Có-

80 Jorge Hunneus,. *Op. cit.*, p. 347.

digo de comercio que ordenan la exhibición de libros de los comerciantes, y los artículos 146°, 155° y 156° del Código Penal, que tipifican los delitos cometidos a este respecto por los empleados públicos, los empleados del servicio de correos y los particulares.

La reserva de la correspondencia telegráfica fue establecida a través de un Reglamento dictado por el gobierno el 31 de enero de 1872 (Roldán, 177).

Asimismo, es interesante también destacar que ha constituido una constante del derecho chileno, en los dos últimos siglos, el regular aspectos que podrían ser considerados como integrantes del concepto de vida privada, a través de las leyes de abuso de la publicidad.

Ya hemos señalado antes, cómo, en el aspecto civil, la ley vigente en la materia, establece una particular manera de reparar los perjuicios cuando se lesionan intereses provenientes de la esfera de la intimidad. Pues bien, en el marco de la Constitución de 1833, la Ley de 17 de setiembre de 1872 califica como abusos de la libertad de imprenta, entre otros, "2° Los escritos en que de cualquier modo se tienda a menoscabar el crédito o buen concepto de un empleado público o la confianza que en él tiene la sociedad; y, 3° Aquellos en que se tienda al mismo fin respecto de las personas particulares" (citado por Roldán, p. 312)[81].

81 Por último, para concluir nuestra reflexión sobre el contenido de la privacidad bajo la vigencia de la Constitución de 1833, es atinente señalar que los derechos y garantías consagrados por ella, quedaban sujetos, como era práctica universal, a su regulación por medio de las leyes y reglamentos respectivos. No obstante, la Constitución previó dos mecanismos singularmente relevantes para la protección de los derechos, uno, el Hábeas Corpus, conocido también en esa época como "recurso de protección", y las facultades que se otorgaban a la Comisión Conservadora durante el receso de la legislatura.

El recurso de protección o Hábeas Corpus era consagrado por la propia Constitución, artículo 134°, en los siguientes términos:

"Art. 134°. Todo individuo que se hallare preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 126°, 128°, 129° y 130° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la magistratura que señale la ley, reclamando que se guarden las formas legales. Esta magistratura decretará que el reo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles, o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales y pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos".

El Recurso, concebido exclusivamente para la protección de la libertad personal y, por lo tanto, no tan amplio como para cubrir la violación de otras garantías, debía ser interpuesto ante las Cortes de Apelaciones, las que debían fallarlo en el plazo de 24 horas. El Ministerio Público,

La Constitución de 1925, siguió un criterio semejante a la Constitución anterior al regular los derechos tradicionalmente considerados como pertenecientes a la esfera de la intimidad.

En efecto, en su Capítulo III sobre "Garantías Constitucionales" consagró en su artículo 10° números 12 y 13, los derechos a la inviolabilidad del hogar y la inviolabilidad de la correspondencia. Para ello utilizó la redacción que sigue:

> "Artículo 10°. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:
>
> ...
>
> 12. La inviolabilidad del hogar.
>
> La casa de toda persona que habite el territorio chileno sólo puede ser allanada por un motivo especial determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente".

---

una vez detectada la falta debía deducir querella contra los responsables de la infracción.

Me parece de interés consignar la existencia de este recurso en la Carta constitucional de 1833, siguiendo la tradición de la Constitución de 1822 que ya lo había consagrado en el artículo 166°, 7ª , por cuanto, a esa época ningún país americano lo había incorporado a su legislación positiva. El Código Penal del Imperio del Brasil lo positivizó en 1830 –8 años después que la Carta del 22-, por lo que dicho texto fundamental chileno parece ser el primero en constitucionalizar la institución. Posteriormente, como se sabe, México incorpora a su derecho positivo el Amparo en 1841 y en la Constitución de Yucatán, pero a nivel federal sólo lo hace en 1857". Desde luego el Recurso de Protección consagrado por las constituciones de 1822 y 1833 seguía más de cerca la institución inglesa del Hábeas Corpus y no revistió las características amplias del recurso mexicano.

En cuanto a la Comisión conservadora, esta institución, ya consagrada en la Constitución de 1828 como "Corte de Representantes", "sin duda fue tomada de la Constitución española de 1812, donde llevaba el nombre de diputación permanente" (Roldán, p. 368) tenía la particularidad de que uno de sus objetos fundamentales era la protección de las libertades públicas. Respecto a estas facultades escribe Alcibíades Roldán, (p. 370):

"En el ejercicio de las facultades de supervigilancia, (la Comisión) vela por el cumplimiento de las Constitución y de las leyes, y presta protección a las garantías individuales. Para estos objetos, puede dirigir al Presidente de la República las representaciones que estime conducentes y reiterarlas por segunda vez, si no hubieren bastado las primeras. Nótese que, si se trata de violación de las garantías individuales, estas representaciones no pueden ser motivadas sino por abusos o atentados cometidos por autoridades subordinadas al Presidente, es decir, por agentes del Ejecutivo, porque si las irregularidades son cometidas por autoridades independientes de este poder, como los tribunales de justicia, serían del todo improcedentes. En caso que el Presidente no adopte las medidas que estén dentro de sus facultades para poner término al abuso y castigar al funcionario culpable, se entiende que en unión con el respectivo Ministro asume toda la responsabilidad de los actos ejecutados por la autoridad subalterna".

Siendo su redacción muy semejante a la de la Constitución anterior, incorpora un término desconocido anteriormente, la noción de "hogar", que a juicio de la doctrina permite la ampliación de esta disposición a "los recintos privados en que tiene lugar cualquier especie de actividad humana"[82].

En el mismo sentido ha expresado don Raimundo Del Río, que "se entiende por hogar, casa o morada el recinto de las habitaciones y sus dependencias, en que una persona vive o ejerce sus actividades o trabajo; y también los recintos cerrados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurran las circunstancias de vida o actividad dentro de ellos. No se estima que lo es lo que queda fuera de la construcción y sus dependencias, como una chacra o un potrero, porque lo que el legislador ha querido proteger en este caso es el atropello contra el hogar, casa o morada y no el atropello contra la propiedad"[83].

En cuanto a la legislación complementaria, la legislación penal aplicable es aquella que mencionáramos al tratar de la Constitución del 33, es decir los artículos 144° y 145° del Código Penal.

Sentencias de las cortes de apelaciones de Concepción y Santiago han declarado que para que exista el delito tipificado por el artículo 144° del Código Penal, "es necesario que la entrada en morada ajena sea contra la voluntad de su morador y no sin su permiso"[84].

El artículo 13° de dicha Constitución estableció de igual modo, la garantía a todos los habitantes de la República de "La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley".

Nuevamente la redacción de la disposición es muy semejante a la de la Carta de 1833, solo que eleva a rango constitucional la violación de la correspondencia telegráfica. Pese a que, como señala Enrique Evans, de la nueva redacción pareciera desprenderse que solo se protegen "los efectos públicos", como podrían ser los instrumentos financieros o crediticios emitidos o garantizados por el Estado, "se acepta que abarca

82 Enrique Evans de la Cuadra. **Relación de la Constitución Política de la República de Chile**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 192.

83 Raimundo Del Río C. **Elementos de Derecho Penal**, p. 352. Citado por Carlos Andrade Geywitz, en **Elementos de Derecho Constitucional Chileno**, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, p. 192.

84 Carlos Andrade Geywitz. ***Op. Cit***, p. 193.

todo tipo de documentación personal"[85]. Así, por otra parte, fluye de las propias actas oficiales de la Constitución[86].

La legislación penal castiga al que abra o registre la correspondencia o los papeles de otros sin su voluntad (Art. 146° C.P.), ampliando o restringiendo la pena según si su contenido ha sido divulgado o se ha obtenido provecho de él. También, como hemos visto antes, existen sanciones especiales para los empleados públicos o funcionarios de los servicios de correos o telégrafos.

Existen, sin embargo, varias disposiciones que hacen excepción a estas normas, las que se encuentran contenidas, a modo ejemplar, en el propio Código Penal, o en otros cuerpos legales, como la Ley de Quiebras, el Código de Comercio o el Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, otras excepciones fueron establecidas por la Ley N° 12.927, de Seguridad Interior del Estado y el Decreto con Fuerza de Ley N° 171, Ley Orgánica de los Servicios de Correos y Telégrafos.

Un proyecto de reforma de la Constitución, aprobado en el año 1950 por la Cámara de Diputados, intentó ampliar esta protección a las comunicaciones radiales y telefónicas, tratando de poner al día la normativa constitucional con textos constitucionales recientemente vigentes en esa época, como el artículo 15° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 10° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, que la establecían. Este proyecto, sin embargo, no prosperó.

No obstante, a esta situación ya se refería la Ley de Seguridad Interior del Estado. Al respecto ha señalado el profesor Andrade Geywitz.

> "La Ley de Seguridad Interior del Estado, en su artículo 9°, se refiere a la "censura" de las comunicaciones telefónicas o radiales. En realidad es más propio hablar de un "control" en las comunicaciones telefónicas o radiales, pues las conversaciones telefónicas son escuchadas por los funcionarios encargados de controlar las actividades de las personas que los gobiernos consideran peligrosos para su estabilidad o captadas en máquinas grabadoras y, las transmisiones radiales –especialmente la difusión de discursos políticos, de crítica a la gestión del Gobierno o de sus

85 Enrique Evans de la Cuadra. *Op. cit.*, p. 38.
86 Carlos Andrade Geywitz. *Op. cit.*, p. 193.

> personeros- impedidos de ser captados, por medio de procedimientos técnicos, de "interferencias, etc." (p. 198).

Como puede observarse, aspectos de la privacidad, considerados en otras legislaciones, han sido en el correr de los últimos siglos los grandes olvidados del ordenamiento jurídico chileno. Materias tales como la protección del nombre, del honor o de la imagen solo ha sido posible cubrirlas a través de las disposiciones especiales que las regulan en las leyes civiles o penales. Esta situación tiene la desventaja propia de una legislación inorgánica, que no considera de una manera global los aspectos propios de la privacidad, dado que continúan vigentes para situaciones enteramente nuevas y que requieren de regulación especial, medios de protección que se ajustan a modelos tradicionales pensados para épocas en que los adelantos técnicos no constituían peligros inminentes para la intimidad. No postulo, indudablemente, la idea de que el reconocimiento unitario sea la mejor forma de garantizar los derechos de las personas. Muy por el contrario, pienso que la configuración de cuerpos normativos independientes pueden ayudar mucho más a la detección de las situaciones nuevas que pueden implicar una lesión a las libertades de las personas, y de este modo establecer, también, nuevas y mejores garantías de los derechos. Es esa fundamentalmente, en todo tiempo, la misión del Derecho.

En la realidad actual, y no obstante la norma del artículo 19.4 de la Constitución vigente, parece ser prioritaria, por tanto, una mayor atención doctrinal a la privacidad, que como se ha visto en otros ordenamientos, hace imprescindible un enfoque más amplio, de Derecho público, para establecer medios de reparación que verdaderamente se adecúen a la naturaleza de las lesiones que los derechos de la esfera de la intimidad pueden verdaderamente sufrir.

Por otro lado, mientras en otros países la jurisprudencia ha ido abriendo espacio a nuevos derechos que se adscriben a normas y principios constitucionales específicos, la tendencia de los tribunales chilenos continúa siendo la de un apego estricto a la letra de la ley, por la que la actividad del legislador se hace doblemente necesaria.

Si es cierto que en Francia, por ejemplo, con cuyo sistema tanto sintoniza nuestro sistema constitucional y legal, no se ha llegado a constitucionalizar el derecho a la vida privada, ni se ha establecido una garantía de los derechos tan amplia como la que en nuestro sistema

representa el Recurso de Protección, no lo es menos que la jurisprudencia de sus tribunales ha llegado a producir avances insospechados y difícilmente asimilables en nuestro sistema, dada su actual conformación. Por esta razón es que el profesor López Santa María ha podido manifestar su admiración por los avances de esta jurisprudencia, frente a la cual nuestro sistema permanece irremediablemente lejano. De manera muy temprana, la jurisprudencia de ese país abandonó la idea de la reparación de las lesiones a la privacidad por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, limitándose a comprobar la existencia de un atentado al patrimonio moral ajeno. Además, "protegió a las víctimas, consagrando en su beneficio derechos subjetivos particulares: el derecho al secreto de las cartas confidenciales y el derecho de la persona sobre su imagen ... condujo a la consagración de un derecho de general amplitud; el derecho al respeto de la vida privada reconocido por diversas sentencias y después confirmado por la ley de julio de 1970, en el artículo 9°, inciso primero, del Código Civil" (López, p.70).

La situación descrita por López Santa María no es distinta, como hemos señalado, a la del Derecho de los EE.UU., donde el desarrollo del concepto de *privacy* ha llegado a configurar una verdadera nueva rama del Derecho.

En Italia, por su parte, desde una sentencia de 20 de abril de 1963, la Corte de Casación ha llegado a considerar que la divulgación de noticias sobre la vida privada, viola el "derecho absoluto de la personalidad, entendido como derecho *erga omnes* a la libertad de autodeterminación de la personalidad", asimilando el derecho único de la personalidad con la noción de "derecho de libertad de autodeterminación" (López, p. 72).

En Alemania, igualmente, es de sobra conocida la labor desplegada por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en torno al concepto de "libre desarrollo de la personalidad". Precisamente a su trasluz ha podido ser configurado el derecho de autodeterminación informativa, como esperamos que ocurra también en España una vez que el Tribunal Constitucional resuelva los recursos de inconstitucionalidad pendientes sobre la materia.

En España misma la regulación del artículo 18.4 de la Constitución y la existencia de una profusión de normas protectoras de los derechos fundamentales, muestra un grado de avance verdaderamente notable en la protección de estos derechos, que va acompañado de una gran actividad jurisprudencial y doctrinaria.

Debemos lamentar, en cambio, que la situación en nuestro país no sea esa. Pese a que las experiencias recientes de violación sistemática de los derechos fundamentales ha debido hacernos tomar debida nota de la importancia que los estudios doctrinarios y el desarrollo jurisprudencial tiene para configurar un sistema eficaz de protección de los derechos de las personas, las particularidades de nuestro sistema constitucional de compromiso, parecen mantenernos anclados en el rígido marco de una Constitución que no admite demasiados márgenes de maniobra. El recurso de protección permanece restringido sólo a un conjunto bien determinado de derechos, y durante demasiado tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema lo asoció casi únicamente a la protección del derecho de propiedad.

Réstanos sólo por señalar que estas observaciones no implican en modo alguno desconocer la importancia que en nuestro medio reviste el recurso de protección y el reconocimiento del derecho a la vida privada, al que aquél es aplicable, pese a la escasa actividad judicial que hasta el momento se ha producido a su respecto.

Indudablemente sus consecuencias pueden ser insospechadas, tanto porque bajo sus auspicios pueden regularse una infinidad de situaciones no resueltas por la legislación, cuanto porque, a diferencia de otros sistemas de Derecho comparado, el acceso a la reparación inmediata de situaciones lesivas es en Chile, amplia y perfectamente posible, aplicándose correctamente los instrumentos que el constituyente ha puesto en manos de los operadores jurídicos. Falta entonces voluntad, tenacidad y hasta, porqué no decirlo, valentía, para configurar un sistema de protección que asegure a los ciudadanos la eficacia plena de sus derechos. Falta también que la formulación ideológica del sistema constitucional sea reinterpretada, a través de una transformación cada vez más democrática de la sociedad, que asiente de una vez por todas los zigzagueantes avatares de una transición no consolidada. Por lo demás, los avances económicos recientes, en la medida que se vean acompañados de un concepto más solidario que haga retomar el objetivo de una sociedad justa, habrán de constituir elementos importantes para el logro de estas metas.

Contenidos y relaciones del derecho a la intimidad con otros derechos en la legislación chilena.

1. Derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estimó que el derecho a la vida privada y la inviolabilidad del hogar, constituyen "dos garantías distintas"[87] porque, como manifestara el profesor Ovalle: "La protección de la intimidad de la vida privada es una protección a algo que tiene cierta calidad de abstracto, que es la forma cómo cada uno mira sus propias relaciones con las personas queridas, con su familia, y como ve su propia honra. En cambio, la protección del hogar y la correspondencia es protección de cosas concretas, que se expresan de diversas maneras y que se traducen en hechos materiales"[88].

Esta última situación fue analizada por la Comisión de Estudios Constitucionales en la sesión celebrada con fecha 12 de junio de 1975. Después de una larga discusión se estimó que era conveniente seguir utilizando la expresión tradicional del derecho constitucional chileno, "inviolabilidad del hogar", por ser ésta comprensiva no sólo de la casa habitación donde se duerme o vive, sino también de los recintos privados en que se ejerce una actividad. Ello a diferencia de la expresión "domicilio", que tiene un sentido jurisdiccional y, por tanto, más restrictivo. En definitiva, y a propuesta del Sr. Jorge Ovalle, la Comisión acordó que por hogar debía entenderse "el recinto de las habitaciones y sus dependencias en que una persona vive o ejerce sus actividades de trabajo, y también los recintos privados que tenga bajo su control a cualquier título, aunque no concurran las circunstancias de vida o actividad dentro de ella"[89] esto es, lo que doctrina llama un "domicilio simulado"[90].

En el ordenamiento chileno no queda claro que las personas jurídicas puedan ser titulares del derecho a la inviolabilidad del hogar, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español, ni tampoco se han establecido en el artículo 19° N° 5 de la Constitución chilena, límites más específicos a la libertad del legislador. Más bien se ha en-

87 Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129ª, p. 5 (expresión utilizada por el constitucionalista Jorge Ovalle).

88 Ibidem, p. 5.

89 Es decir, se adopta la definición formulada para el "hogar" por el penalista chileno Raimundo Del Río, en su obra **Elementos de Derecho Penal**, a la que nos hemos referido *supra*.

90 Fernando López Ramón. ***Op. cit.***, p. 50.

tregado a éste un mandato general para establecer dichos límites. En general, parte de la discusión de la Comisión Constitucional discurrió sobre la base propuesta por el Sr. Jaime Guzmán, en el sentido de diferenciar entre la inviolabilidad del hogar, más relacionada con la esfera material de intimidad de una persona y la inviolabilidad de todo recinto privado, asociado a la garantía del respeto a la propiedad. Esta distinción, sin embargo, no fue aceptada por la comisión, y pese a que pasó por alto la consideración del domicilio de las personas jurídicas, se estimó que la expresión hogar, como hemos manifestado antes comprende la de todo recinto cerrado, aun cuando en él no concurran "circunstancias de vida o actividad", es decir, independientemente, a nuestro juicio, de que en dichos recintos se expresen circunstancias de la vida privada propias de las personas físicas.

El artículo 18.2 de la Constitución española utilizó, en cambio, un criterio más garantista, al señalar la necesidad del consentimiento del titular o una resolución judicial para proceder a la entrada o registro de un domicilio, salvo que en él se esté cometiendo un delito flagrante.[91]

En este sentido, coincido con la opinión manifestada por el profesor Jorge Ovalle en la Comisión de Estudios de la actual Constitución chilena, al abogar por la utilización del concepto de domicilio, de mayor precisión jurídica y comprensivo de todo tipo de domicilio, incluido a nuestro parecer, el que la legislación civil atribuye a las personas jurídicas. El uso de esta terminología, hubiese evitado las ambigüedades interpretativas que necesariamente surgen del precepto constitucional chileno, y no habría sido contradictorio con las normas legales que también extienden esta protección a las personas jurídicas[92].

2. Derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen.

En la doctrina chilena hay quien sostiene que el derecho a la propia imagen es un derecho "específico e independiente de otros derechos de

91 En el caso chileno, en cambio, la legislación penal establece que para que se configure el delito de violación de domicilio debe procederse "contra la voluntad" del morador, no siendo suficiente obrar sin su consentimiento (artículo 144° del Código Penal).

92 El Código de Procedimiento Penal Chileno, en sus artículos 156° a 183°, limita la entrada y registro en lugares cerrados, sean éstos públicos o privados, a una resolución judicial previa y, en ciertos casos, fundada.

la personalidad, al que las exigencias y las formas de vida social moderna han debido limitar, en aras de la libertad general y de una convivencia más amplia y fácil, transformándolo únicamente en un derecho negativo, consistente en la posibilidad de su titular de manifestar su rechazo expreso a que su imagen sea conservada por otro"[93].

En el derecho francés se ha tendido a vincular el derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, a lo que se denomina "la apariencia de la personalidad". De este modo J. Robert, lo define como "el derecho de la persona a ser percibida por terceros con la apariencia que ella ha escogido"[94], confundiéndosele a veces con la protección al nombre[95]. Un tratamiento parecido del tema se da en el Derecho italiano[96].

Esta misma confusión se plantea en el Derecho chileno, donde se entiende por algunos que la imagen "comprende tanto las fotografías ... tomadas sin autorización, y publicitadas ... como también el uso de un nombre de una persona (v. gr. un profesional) en una teleserie, y que aparece como malvado o deshonesto precisamente en el mismo ámbito profesional en el que se desempeña aquella"[97]. Así ha sido estimado, además, por los tribunales chilenos[98].

3. Derecho a la intimidad y derecho al secreto profesional.

En Chile se entiende que la garantía del secreto profesional encuentra cobijo dentro de la norma del artículo 19° N° 5 de la Constitución, que consagra el derecho a la privacidad de las comunicaciones y documentos privados[99]. Por otra parte, el artículo 349° del Código de Proce-

93 Eduardo Novoa Monreal. *Op. cit.*, "Derecho a la Vida Privada...", p. 71.

94 Jacques Robert. *Op. cit.* p. 370.

95 Avis de la CNIL n° 81-68 de 9 de junio de 1981, en el cual considera que no es lícito dar a conocer el antiguo nombre de una persona que se lo ha cambiado. En España la STS 26/1/90, resolvió en idéntico sentido admitiendo una demanda por la utilización del apelativo "Marqués de Bradomín" para designar una marca de vino.

96 De Cupis. *I Diritti della Personalitá.* Milano, 1982, 2ª edición, p. 283

97 Eduardo Soto Kloss. En **Comentario** a la Sentencia Böhme Bascuñan, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

98 Caso Walker Cerda, RDJ t. 81 (1984) 2.5, 238-240.

99 Cfr. Alejandro Vergara Blanco. El Secreto Bancario. **Sobre su Fundamento, Legislación y Jurisprudencia.** Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, p. 101. Si bien este autor

dimiento Civil, señala que "podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y no revistan el carácter de secretos o confidenciales". En materia penal, los artículos 246° y 247° del Código del ramo sancionan tanto al empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, como al empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de peste. Del mismo modo, el inciso segundo del artículo 247° penaliza "a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubiere confiado".

Para diferenciar el derecho al secreto profesional del secreto bancario, al que a veces se ve como una especie del primero, la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de 27 de enero de 1981, recaída en el recurso de protección interpuesto por el Banco de Santiago contra el Servicio de Impuestos Internos, matizó las características de ambas figuras jurídicas. Consideró la sentencia que "la expresión «secreto profesional» es de carácter restrictivo y se aplica sólo a aquellos profesionales que como los abogados, notarios, médicos y confesores, son depositarios de secretos en virtud de la confianza que su título inspira" y, por tanto, no a los gerentes de bancos, respecto de los cuales no se exige título profesional para ejercer su oficio. Por otra parte, se estimó que "el secreto bancario o mercantil tienen sustanciales diferencias, ya que en el primer caso el secreto protege los libros del comerciante en contra de la actividad de terceros que pretenden investigarlos; en cambio, en el segundo, se protege a los terceros que han depositado su confianza en ciertas personas que tienen título, como se desprende del ... artículo 247°, inciso 2 del Código Penal".

En materias de secreto bancario la tendencia de los tribunales chilenos ha sido la de limitar las facultades investigadoras de la hacienda pública (Servicio de Impuestos Internos) cuando está en juego la intimidad económica, propia del secreto bancario[100].

señala que esta disposición es fuente del secreto bancario, es evidente que también lo es del derecho al secreto profesional, no obstante que este autor los concibe como derechos diferentes.

100 Ver Sentencia de la Corte Suprema en Banco O'Higgins con Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, de fecha 2 de abril de 1981 (Recurso de Protección).

Entre las manifestaciones más relevantes del secreto profesional réstanos por señalar dos de ellas, que adquieren especial relevancia cuando nos enfrentamos a la protección de datos personales automatizados. Me refiero al secreto médico y al secreto estadístico.

En lo que respecto al primero, la legislación chilena (artículo 16° del Decreto con Fuerza de Ley N° 196 que fija el texto de la ley orgánica del Servicio Médico Legal), lo consagra en los siguientes términos: "El personal que preste sus servicios en el Servicio Médico Legal o en sus dependencias, estará obligado a guardar sigilo y será responsable, en conformidad a las leyes, si divulgare los hechos o los antecedentes de que tuviere conocimiento en razón de su empleo. En los casos en que los tribunales de justicia ordenen practicar reservadamente un examen médico-legal, sólo serán admitidas a presenciar la diligencia aquellas personas designadas por el juez y no podrán ser utilizados sus resultados en la enseñanza sin previa autorización del Tribunal respectivo".

Finalmente, en cuanto al secreto estadístico, el artículo 29° de la Ley N° 17.374, de 10 de diciembre de 1970, que aprueba la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas, dice: "El Instituto Nacional de Estadísticas, los organismos fiscales, semifiscales y Empresas del Estado, y cada uno de sus respectivos funcionarios, no podrán divulgar los hechos que se refieren a personas o entidades determinadas de que hayan tomado conocimiento en el desempeño de sus actividades.

El estricto mantenimiento de estas reservas constituye el "secreto estadístico". Su infracción por cualquier persona sujeta a esta obligación hará incurrir en el delito previsto y penado por el artículo 247°, del Código Penal, debiendo en todo caso aplicarse pena corporal.

4. Derecho a la intimidad y libertad de información.

La libertad de expresión contó tradicionalmente en Chile, desde los inicios de la República, con un marco de regulación constitucional y legal que le servían de necesario sustento, perfilándose desde entonces su contenido y límites[101]. Con anterioridad incluso, al emblemático

101 El artículo 23° del Reglamento Constitucional de 1812, establecía: "La imprenta gozará de una libertad legal; y para que ésta no degenere en licencia nociva a la religión,

Decreto del ministro Portales[102], aún vigente. Las constituciones de 1833[103], de 1925[104] y de 1980 la han venido sucesivamente regulando.

costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno y el Senado".

El artículo 11° de la Constitución de 1818, señalaba: "Todo hombre tiene libertad para publicar sus ideas y examinar los objetos que están a su alcance, con tal que no ofenda a los derechos particulares de los individuos de la sociedad, a la tranquilidad pública y Constitución del Estado, conservación de la religión cristiana, pureza de su moral y sagrados dogmas; y, en consecuencia, se debe permitir la libertad de imprenta, conforme al reglamento que para ello formará el Senado o Congreso."

La Constitución de 1822, en sus artículos 223° y 225°, estableció: Sobre la libre manifestación de los pensamientos no se darán leyes por ahora; pero quedan prohibidas la calumnia, las injurias y las excitaciones a los crímenes". Y: "Es libre la circulación de impresos en cualquier idioma; pero no podrán introducirse obras obscenas, inmorales e incendiarias".

El artículo 7° de la Ley de 14 de febrero de 1827, señalaba: "Se prohibe al Congreso, a las Asambleas y a todas las demás autoridades: 1° Coartar en ningún caso ni por pretexto alguno la libertad del pensamiento, la de palabra, la de escritura y la de la prensa, procediéndose conforme a las leyes".

102 Este Decreto, dictado con fecha 14 de junio de 1830, decía lo siguiente: "15. Considerando que la imprenta bien dirigida es uno de los medios más poderosos para mantener la regularidad y pureza de los empleados en el desempeño de sus funciones públicas.

Considerando que el escandaloso abuso que se ha hecho de ella, convirtiéndole en un instrumento de pasiones maléficas, la incapacita para ejercer este saludable influjo, y lo hace más a propósito para extraviar, que para dirigir la opinión; que aún las acusaciones fundadas que se lanzan por la imprenta contra aquellos que abusan de sus facultades en daño público, no excitarán la atención que debieran vertiéndose por un órgano habitualmente depravado, que los acusados se escudan en la licenciosidad de la prensa para no sincerar su conducta; y que este orden de cosas, confundiendo a los buenos servidores del Estado con los prevaricadores, compromete igualmente el honor de todos ellos, y cede en desdoro del Gobierno.

He venido decretar y decreto:

1° Todo funcionario público, cuya conducta en lo que toca al ejercicio de su empleo, fuere atacado por la imprenta, debe acusar, por sí o por apoderado al autor o editor del impreso, ante el Tribunal competente y en el término de la ley.

2° Si así no lo hiciere, queda suspenso, de hecho en el ejercicio de su empleo, y el Fiscal le acusará con el mismo impreso ante el Tribunal competente.

3° El Ministro del Interior queda encargado del cumplimiento de este Decreto.

Imprímase para que llegue a noticias de todos (Fdo.): Ovalle. Portales.

103 El artículo 12° N° 7 de la Carta de 1833 aseguraba a todos los habitantes de la República: "la libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho de no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencie la causa con arreglo a la ley".

104 El artículo 10° N° 3 de esta Carta aseguraba "la libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones de palabra o por escrito, por medio de la prensa o de cualquier otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad en la forma y casos determinados por la ley".

El ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de prensa constituye una de las tradiciones más respetadas de nuestra historia republicana, con la sola excepción de la etapa de interrupción constitucional sufrida por el país en 1973. Su regulación puede dividirse en seis períodos más o menos uniformes.

El primero, que corre desde la temprana época de ensayos constitucionales hasta la Constitución de 1833, se caracterizó por el amplio reconocimiento del derecho. Sin embargo, la prohibición explícita de la censura previa no vino a ser consagrada sino en esta última Constitución. Entre estos textos, el más limitativo para la libertad de expresión lo fue la Constitución "moralista" de 1823 (de muy corta aplicación) la que, no obstante declarar en su artículo 262° la libertad de la imprenta, sometía, en su artículo 265°, a censura previa todo escrito que hubiera de imprimirse. Se entendía que dicha libertad estaba garantizada sólo "en cuanto contribuya formar la moral y las buenas costumbres; al examen y descubrimientos útiles de cuantos objetos pueden estar al alcance humano; a manifestar de un modo fundado las virtudes cívicas y defectos de los funcionarios en ejercicio; y a los placeres honestos y decorosos".

El segundo período, que corre a parejas con la República autocrática (1830-1861), se extiende desde el Decreto de Portales de 1830, hasta la dación de la Ley sobre Libertad de Imprenta, de 17 de julio de 1872. En este período, rigió la Ley de Imprenta de 16 de setiembre de 1846, que Ricardo Donoso definiría como una ley draconiana por su severidad[105] pese a que, en el hecho, no hubo de ser respetada y se convirtió prontamente en letra muerta. De otra parte, la Constitución de 1833 consagró, ya explícitamente, la prohibición de la censura previa.

El tercer período, coincidente con la República liberal (1861-1891) y con la República parlamentaria (1891-1925), se extiende desde la señalada Ley de Imprenta de 1872, hasta el Decreto Ley N° 425 sobre Abusos de Publicidad y la Carta de 1925. Esta etapa, como las anteriores, tiene como singularidad, la aplicación del juicio por jurados ante los abusos cometidos por la prensa, mediante un sistema que puede ser valorado como excesivamente favorable a ésta. Al sustraerla del procedimiento común aplicable a los delitos de difamación[106].

105 Ricardo Donoso. **Las ideas políticas en Chile**. p. 111 (citado por Andrade Geywitz en *op. cit.* p. 236).

106 El juicio por jurados para los abusos de la prensa fue introducido en Chile bajo la

En el cuarto período, que se extiende durante toda la vigencia de la Constitución de 1925, se suprimió el juicio por jurados, y se dictaron, tanto una ley complementaria del Decreto Ley N° 425 sobre Abusos de Publicidad (la Ley N° 15.476 de 23 de enero de 1964), como la Ley N° 15.576, de 11 de junio de 1964, que sustituyó a la primera, fijando su texto refundido. El período se caracteriza por una regulación más pormenorizada del derecho, que incluye el establecimiento de responsabilidades penales para los medios de difusión. La legislación dictada en este tiempo va reflejando el impacto que las nuevas tecnologías producen en la práctica de esta libertad, como lo demuestra su extensión a la radio, a la televisión y a la cinematografía[107]. Por otra parte, a través de la reforma constitucional de 9 de enero de 1971, se introdujeron al N° 3 del artículo 10° de la Constitución, varias disposiciones tendentes a garantizar con mayor fuerza su ejercicio. Así, por ejemplo el derecho de rectificación gratuito, el igual acceso de las distintas corrientes de opinión a los medios de comunicación y difusión privados, a la venta del papel, tinta o maquinaria utilizada por los medios, al derecho de las universidades a mantener estaciones de televisión, entre las más importantes.

El quinto período, sin duda el más nocivo para el ejercicio de la libertad de información[108], es el que se prolonga entre el 11 de setiem-

---

inspiración del eminente hombre de letras y jurista español don José Joaquín de Mora, a través de la Ley de 11 de diciembre de 1828, principio que fue recogido por la Constitución de 1833. Sin embargo, la práctica del juicio por jurados no fue satisfactoria. El establecimiento del juicio por jurados llevó, según José Guillermo Guerra (La Constitución de 1925, p. 111, citado por Andrade Geywitz, en *op. cit.*, p. 236) "a establecer el más completo libertinaje de prensa, y nuestro país se convirtió en el paraíso de los calumniadores y difamadores, hasta el extremo que la calumnia, la injuria y la difamación producidas en forma horrorosamente dañinas por medio de la prensa, sólo merecía insignificantes penas, mientras las mismas iniquidades producidas de palabra o en pasquines manuscritos, que sin duda realizaban un daño mucho menor, podían ser sancionados con más rigor en conformidad a las disposiciones del Código Penal".

107 Otros textos legales aplicables durante este período, son los siguientes: 1) La Ley N° 12.927, de 6 de Agosto de 1958 sobre Seguridad Interior del Estado, que en su título V, trataba "De los abusos de Publicidad", 2) El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 37, N° 37, de 1° de diciembre de 1959, Ley Orgánica del Consejo de Censura Cinematográfica, su reglamento establecido por el Decreto N° 3.823, de 11 de agosto de 1960, del Ministerio de Educación y el DFL números 334 de 6 de abril de 1960, que modificó los dos textos anteriores, y 3) El Decreto N° 4.581 del Ministerio del Interior, de 8 de octubre de 1949, que fijó el texto definitivo del Reglamento de Transmisiones de Radiodifusión, entre otros.

108 En el Primer Informe sobre la Situación de los Derecho Humanos en Chile, de 1974,

bre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. En él se aplicó indiscriminadamente la censura previa, y el derecho de información sufrió los embates del arbitrio de la autoridad y la aplicación de las normas de excepción constitucional que rigieron al país durante aquella época.[109]

Finalmente, el sexto período, corresponde a la actual etapa de transición democrática, en el que el tema ha adquirido inusitada relevancia.

De manera muy semejante a la redacción utilizada por las instituciones de 1833 y 1925, y con ligeras pero sustantivas modificaciones en su expresión, el N° 12 del artículo 19° de la actual Constitución Política del Estado, establece como garantía:

> "12° La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quorum calificado".

Las principales novedades que se introducen, en relación a la Constitución de 1925, es la diferenciación entre la libertad de emitir opinión y la libertad de informar, no contenida en la anterior Constitu-

---

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigió al Gobierno la siguiente recomendación: "8° Que para tutelar los derechos a que se refiere el artículo IV de la Declaración Americana, se adopten medidas que progresivamente tiendan a la restauración de la libertad de expresión del pensamiento, tanto en su ejercicio puramente individual como a través de los medios de comunicación masiva, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que puedan incurrir quienes abusen en el ejercicio de tal libertad, con arreglo a lo que disponga la legislación ordinaria sobre la materia". Citado por Thomas Buergenthal, Robert E. Norris y Dinah Shelton, en "La Protección de los Derechos Humanos.l..", ***op.cit.***, p. 419. Estas recomendaciones y llamadas al gobierno chileno para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos fueron práctica sucesiva de la Comisión.

109 Las normas vigentes en esta época estaban más orientadas a la sanción de ideas que de conductas. Como manifestara Andrade Geywitz (**en Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991, p. 204), ellas importaban un verdadero *apartheid* cívico. Ejemplo de lo anterior son las leyes N° 16. 643 sobre Abusos de Publicidad, que en su artículo 4°, prescribía elevadas sanciones a quienes "hagan apología de las organizaciones, movimientos o partidos políticos declarados inconstitucionales o continuadores de éstos o hagan propaganda de sus actividades...", y el artículo 2° de la Ley N° 18.662, que disponía en idéntico sentido. Inserciones de la Asociación Nacional de la Prensa (noviembre de 1987) consideraron que estas normas afectaban la libertad de expresión "en su esencia".

ción, y en la necesidad de una ley de quórum calificado para su regulación[110]. Pero, además de estas diferencias, se introducen nuevas normas, en las que se hace referencia a la prohibición del monopolio estatal sobre los medios de comunicación social, al derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, al régimen de televisión y a la censura en la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

En lo que respecta al derecho de recibir la información, el Acta Constitucional n° 3 de 1976, antecedente de la Constitución de 1980, la establecía, pero la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, estimó que no era necesario agregarla, porque se encontraba implícitamente envuelta en la libertad de opinión y comunicación. Asimismo, la Comisión entendió "que en la garantía constitucional de que se trata, hay dos bienes jurídicos en juego: uno de carácter personal o individual, que es el derecho de emitir opinión y de informar, y otro de carácter social, que es el derecho de recibir la información, opiniones y expresiones que los demás quieran transmitir, derecho este último que corresponde a la comunidad toda"[111].

Por libertad de opinión debe entenderse, como señala José Luis Cea, "la facultad que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree"[112]. Esta fue, por lo demás, la definición adoptada por la Comisión Constituyente[113]. La médula de la garantía consiste en que se ejerce sin censura previa[114]. La libertad de informar, por otra parte, es considerada como un supuesto indispensable de la libertad de opinión y comprende: 1) la libertad de acceso a las fuentes de información y opinión, 2) la libertad de difundir o comu-

110 En el sistema de fuentes chileno, la Constitución distingue, en su artículo 63°, entre leyes interpretativas, orgánicas, de quórum calificado simples. Las primeras requieren para su aprobación, modificación o derogación de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio; las segundas, de las cuatro séptimas partes y las terceras, la mayoría absoluta. "Las demás normas legales –dice la Constitución- requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65° y siguientes".

111 Enrique Evans de la Cuadra. *Op. cit.*, p. 300.

112 José Luis Cea Egaña. **Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías Constitucionales.** Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 97.

113 Así consta del oficio enviado con fecha 16 de agosto de 1978 al Presidente de la República. Citado por Enrique Evans, en p. 299 de *op. cit.*

114 Enrique Evans de la Cuadra. *Op. cit.*, p. 302.

nicar lo hallado en tales fuentes o que proviene de ella y 3) la libertad de recibir la información[115].

Pese a la amplitud que se quiso dar al precepto del n°12 del artículo 19° de la Constitución, la Comisión se inspiró en una concepción del pluralismo más restringida que la adoptada por la anterior Carta constitucional. Así quedó de manifiesto en el curso del debate realizado durante la Sesión N° 235 de la Comisión, en la que uno de sus miembros, Jaime Guzmán Errázuriz, sostuvo que: "... hay que apartarse aquí del concepto de pluralismo ideológico irrestricto consagrado en el Estatuto de Garantías Constitucionales de 1971, que decía que no podrá ser constitutivo de delito sustentar o difundir cualquier idea política. Es evidente que la Comisión Constituyente está trabajando sobre el marco de un pluralismo ideológico limitado, restringido, que tenga como marco admisible todo aquello que sea congruente con las bases fundamentales de la institucionalidad, pero no aquello que vaya más allá de ella, alterando lo que es el sistema constitucional en su esencia", concepto que ya había sido sostenido en sesiones anteriores (v. gr. Sesión n° 230). Sin rebatir directamente esta idea, en el curso de la misma sesión Alejandro Silva Bascuñán defendió la tesis de que no se podía distinguir entre ideas políticas y otras categorías de ideas, y que ambas debían quedar sometidas a un régimen de regulación general. Esta opinión manifestada por Guzmán, y aceptada por otros miembros de la Comisión, es el resultado lógico del integrismo político e ideológico que inspiraba a algunos de sus integrantes, el que se expresa de un modo muy claro, a nuestro juicio, en la siguiente opinión vertida por el Presidente de dicha Comisión, el Sr. Enrique Ortúzar Escobar. Desde luego el Sr. Ortúzar reconoce que "la libertad de expresión es absolutamente consustancial a una democracia", pero acto seguido propone que se establezca como uno de los requisitos para ejercer la titularidad de un medio de comunicación el "no profesar ideologías contrarias a las bases esenciales de la institucionalidad". Para el Presidente de la Comisión debía agregarse, como principio, al Capítulo I, "el rechazo de la lucha de clases", porque al corresponder al Estado la promoción del bien común: "... también debe propender ... (a) ... la integración

115 Todo ello se desprende de los debates realizados en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en sus sesiones 227 a 242, 280, 310 y 357, todas las cuales se dedicaron al análisis de esta libertad.

armónica de todos los sectores de la comunidad, y, por tanto, al rechazo de esa lucha". Esta última alusión, sin embargo, no llegó a formar parte del inciso quinto del artículo 1° de la Constitución.

Esta misma perspectiva totalizadora, integrista, o, como hoy diría un filósofo del derecho, perfeccionista, fue sustentada por Guzmán Errázuriz, para quien el "marco admisible de discrepancia" no incluye las disposiciones iniciales de la Constitución sobre Bases de la Institucionalidad" (Sesión 229, de 6 de julio de 1976).

Pero, a pesar de la importancia excesiva que los operadores de la Constitución suelen dar a las opiniones vertidas por los miembros de la Comisión, sostenemos que desde la reforma constitucional de 17 de agosto de 1989, que derogó el controvertido artículo 8° de la Carta, ya no puede seguir sosteniéndose una tesis semejante[116]. Si como ha dicho el profesor Lucas Verdú "los preceptos constitucionales conectan con la conciencia y el sentimiento constitucionales de la sociedad civil"[117], es evidente que esa reforma fue impulsada por un sentimiento constitucional que buscaba para el país el restablecimiento de una democracia plena y plural, no sujeta a tutelas ideológicas ni políticas[118]. La misma norma del artículo 1° inciso 4 de la Constitución establece

116 Esta tesis fue, sin embargo ampliamente admitida por el Tribunal Constitucional, con anterioridad a la reforma de la Constitución del año 1989, en la Sentencia de 21 de diciembre de 1987, en el que acogió el requerimiento del Ministro del Interior de la época en contra del ex Canciller del Presidente Allende, Clodomiro Almeyda, por "haber incurrido en actos que propagan doctrinas que propugnan la violencia como también en actos que propagan doctrinas que propugnan una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario, e igualmente en actos destinados a propagar doctrinas fundadas en la lucha de clases".

117 Pablo Lucas Verdú. **El Sentimiento Constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política**. Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1985, p. 119.

118 Cfr. Francisco Geisse y José Antonio Ramírez Arrayas. **La Reforma Constitucional**. Ediciones Chile-América CESOC, Santiago, 1989, pp. 18 y 19. Han sostenido estos autores, p. 26: "Pluralismo implica la facultad de elegir libremente entre diversas alternativas. Ello supone el uso sin restricciones de todos los medios lícitos adecuados a la determinación de los destinos personales y colectivos. Para su logro, reviste vital importancia el igualitario acceso a los medios de comunicación, constituyendo un deber del Estado garantizar el derecho a la información y la opinión. Por otra parte, la tolerancia nos lleva al respeto por las ideas y posiciones diversas. Significa no pensar que la verdad absoluta es propiedad de una determinada colectividad política. Implica, pues, en último término, la eliminación de cualquiera discriminación ideológica, y en tal sentido, la tolerancia es incompatible con el artículo 8° que se consagró en el texto original de la Carta Política de 1980, hoy sustituido en el proyecto de reforma por el artículo 19° N° 15".

el principio según el cual: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan **a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional** su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (el subrayado es nuestro). En esta misma línea la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, agregó un nuevo inciso al N° 15 de la Constitución en el cual, zanjando esta discusión, se proclama expresamente que: "La Constitución Política garantiza el pluralismo político".

En lo demás, la casi totalidad de los miembros de la Comisión coincidieron en que la libertad de expresión es "la más sensible de las libertades públicas" (Evans, Sesión N° 229, de 6 de julio de 1976), "la base y el resorte sustancial de la democracia política" (Silva Bascuñán, en la misma Sesión señalada), "uno de los derechos constitucionales más importantes y fundamentales dentro de las garantías constitucionales (Lorca, en Sesión 230, 7 de julio de 1976)", absolutamente consustancial a una democracia (Ortúzar, en la misma Sesión anterior), uno de los problemas "... más importantes ... de toda institucionalidad moderna". (Guzmán, Sesión N° 227 de 30 de junio de 1976).

Pero pasemos a ver ahora la referencia a sus límites.

De modo semejante a la Constitución de 1833 y de 1925, la Constitución de 1980 no estableció expresamente los límites intrínsecos y extrínsecos a las libertades de opinión y de información y dejó entregada esta importante tarea al legislador. Sólo que esta vez por medio de un mecanismo de mayoría reforzada de senadores y diputados. Los "delitos" y "abusos" que se cometan en el ejercicio de estas libertades deberán ser regulados por ley de quórum calificado (mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio).

Sin embargo, la libertad del legislador en esta materia no es absoluta. A ello se opone la norma del artículo 19° N° 26 de la Constitución. De acuerdo a este artículo, que tiene indudables semejanzas con el artículo 19° de la Ley Fundamental de Bonn, que le sirvió de fundamento, y con el artículo 53° de la constitución española: "La Constitución asegura a todas las personas ... 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni

imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Ahora bien, en una reciente sentencia recaída sobre el Proyecto de Ley sobre libertad de opinión e información, el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado sobre el contenido esencial de esta libertad. Ha dicho el Tribunal que "la esencia del derecho que nos preocupa está en que éste se ejerza libremente y que no exista censura previa que lo afecte" (Considerando 10 de la Sentencia)[119].

Los proyectos de legislación en materia de libertad informática

Corresponde, ahora, vincular la temática anterior con proyectos de legislación de la libertad informática.

Podemos diferenciar, a lo menos, cuatro etapas en los intentos locales de regulación del tema que nos ocupa. La primera de ellas, corresponde a los proyectos elaborados durante el régimen militar por la comisión designada por el ministro de Justicia de la época. La segunda, es coincidente con el proyecto elaborado durante el gobierno del Presidente Aylwin por la Comisión nombrada por el ministro Cumplido. La tercera corresponde a algunas mociones legales presentadas en fechas recientes, que han sufrido diversa suerte y, especialmente a la moción del senador Cantuarias y a las disposiciones incorporadas en el Proyecto de Ley sobre las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo. La última la hacemos coincidir con el giro que toma la moción Cantuarias, mediante la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, durante el análisis de la misma, tal y como fuera remitida a esta Cámara por el Senado de la República.

a. Los proyectos de la Comisión Hajna

Entre los meses de abril y noviembre de 1985 se realizaron en Chile los primeros esfuerzos dirigidos a legislar en materia informática. Para estos efectos se creó, durante ese año, en el Ministerio de Justicia, una Comisión presidida por el Sr. Eduardo Hajna, que elaboró un anteproyecto de ley informático que fuera remitido en consulta a distintas organizaciones relacionadas con la materia. Sobre la base de las respues-

119 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995.

tas recibidas se elaboró, en septiembre de 1986, el primer proyecto de ley informático realizado en Chile. Sin embargo, el proyecto fue sometido a sucesivas revisiones, que dieron lugar a nuevas versiones del mismo en abril de 1986, febrero de 1987, mayo de 1987 y junio de 1988.

Estos proyectos que contenían ya gran parte de los aspectos más definitorios de las leyes de protección de datos, no derivaron nunca, pese a ello, en textos legales positivos. Entre las dificultades que tuvo la materialización de estos proyectos, se encuentra, probablemente, el intento por parte de las comisiones constituidas durante el régimen militar de resolver, en un solo cuerpo legal, todos los aspectos relativos a la informática; esto es, la regulación de aspectos tan variados como el delito informático, la regulación de *software* y el *hardware*, la modificación del sistema chileno de pruebas y la protección de la libertad informática.

Tratándose de proyectos iniciales en la materia, podemos constatar en ellos algunas deficiencias en la regulación de los derechos de las personas afectadas en el tratamiento automatizado de los datos personales, entre las que podemos mencionar, la ausencia de regulación del llamado derecho de impugnación. Este derecho se ejerce frente a los actos administrativos o decisiones privadas que implican una valoración del comportamiento de una persona, cuando tiene como único fundamento el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. En lo que toca al derecho de acceso, se confunde éste, en su tratamiento, con el derecho de información.

Finalmente, si bien es cierto que estos proyectos consignaron el llamado derecho a corregir las informaciones inexactas contenidas en un archivo de datos, como la obligación del responsable del archivo de comunicar la corrección efectuada a las entidades a que se haya cedido la información o a aquellas de quienes las recibió, no señalan un plazo para que el responsable del fichero cumpla con su deber de rectificar.

Respecto del derecho de cancelación, se entiende que éste debe operar respecto a informaciones que lesionan la vida privada del afectado, lo que a nuestro juicio revela una incomprensión respecto del bien jurídico protegido, el que no se reduce, pura y simplemente al derecho a la vida privada.

La principal crítica que puede formularse a este proyecto se debe a la ausencia de disposiciones destinadas a establecer una autoridad de control de las bases de datos constituidas por el sector público o los

particulares, situación que habría ocasionado un menoscabo en el ejercicio de los derechos por parte de las personas afectadas.

b. El proyecto elaborado en 1993, durante el Ministerio Cumplido

El proyecto elaborado por esta Comisión importa un notable avance en relación con los proyectos anteriores. Sin embargo, y pese a que en relación a ellos, incorpora a su tratamiento, derechos como el de impugnación, mantiene una regulación conjunta de los derechos de acceso y de información, a los que debió tratar en forma separada.

Desde un punto de vista formal, el proyecto puede ser objeto de crítica en cuanto a la forma de regular los derechos de los afectados, que pudo haber sido más específica y pormenorizada, aunque debe destacarse que incorpora la existencia de un organismo de control de naturaleza independiente al que denomina Servicio Nacional de Protección de Datos.

No sería extraño que la misma consideración de este organismo de control haya sido la causa de que el proyecto quedara bloqueado en su tramitación al interior del propio Gobierno. ¿Las razones? Posiblemente la falta de simpatía frente a la idea de la creación de un nuevo organismo que había de implicar un crecimiento de la burocracia estatal.

El proyecto, que sigue muy de cerca la ley española de protección de datos de 1992, tenía, sin embargo, el inconveniente de dejar fuera de sus disposiciones a las bases de datos de las Fuerzas Armadas y de los servicios policiales y de inteligencia, tema delicadísimo, que optó por remitirlo a la regulación de sus propios estatutos internos.

Evidentemente una solución de esta clase había de estar fuera del marco establecido por la propia Constitución para la regulación de los derechos constitucionales, los que jamás pueden quedar entregados a la pura órbita del reglamento.

c. La moción original del senador Cantuarias y las disposiciones incorporadas en el proyecto de ley sobre las libertades de opinión e información y el ejercicio del periodismo.

c.1. La moción del senador Cantuarias

c.1.1. Su tramitación ante el Senado

Con fecha 5 de enero de 1993, se dio cuenta en la Sala del Senado de una moción presentada por el senador Cantuarias, con la que inicia un proyecto de ley sobre protección de la vida privada. El proyecto queda incluido en la convocatoria a la legislatura extraordinaria de sesiones del Congreso Nacional.

La pretensión de su autor es la de brindar "una adecuada protección a la privacidad de las personas en el ámbito del Derecho Civil, donde se evidencia un vacío en nuestra legislación. Se trataría, de crear un Código o Estatuto Jurídico de la Privacidad.

El texto se inspira –como se señala en la misma moción-, fundamentalmente, en la Ley Orgánica N° 1, española, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en la ley francesa de informática, ficheros y libertades de 1978; y en las leyes de protección de datos de Noruega (1978) y Gran Bretaña (de 1984), entre otros textos, de los que cita el Código Civil argentino y el Código Civil francés.

El proyecto se divide en cuatro capítulos, de la siguiente manera: el Título I, establece disposiciones generales, el Título II se refiere a la protección de los datos, el Título III, a las intromisiones ilegítimas en la vida privada; y, el Título IV, al Tribunal competente y al procedimiento.

El Proyecto tiene, indudablemente, la virtud de ser el primero que logra iniciar sin tropiezos su *iter* legislativo y de poner por primera vez en discusión en el Parlamento, la necesidad de atender a una regulación de la vida privada, fijando el contenido del derecho proclamado en el artículo 19° N° 4 de la Constitución de una manera sistemática.

Su autor, sin embargo, parece no tener presente, en esta primera etapa, las disposiciones de la entonces reciente Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos Personales de España, que fuera dictada, precisamente, durante el año anterior, como directo corolario de las presiones recibidas por el Gobierno español de parte del Consejo de Europa en orden a regular estas materias. Tampoco toma en consideración los diversos proyectos sometidos a tramitación legislativa en el Parlamento italiano.

La moción contiene 26 artículos, de los cuales, la mayor parte de ellos está dirigida a regular la protección de los datos personales.

Son pocas las disposiciones encaminadas al establecimiento del Estatuto de la vida privada, no obstante que avanza en algunos sentidos

al concebir la vida privada como comprensiva de, a lo menos, cuatro bienes jurídicos a los que se estima dignos de protección. Esto es (artículo 2°): a) el derecho a la propia imagen, b) el derecho a la intimidad personal y familiar, c) el anonimato y reserva, d) el derecho a una vida tranquila, sin hostigamientos ni perturbaciones; y, d) el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas.

Por cierto, varios de estos derechos no se encuentran contemplados en la regulación constitucional de la vida privada de los artículos 19° N° 4 y 19° N° 5, pese a que en el caso del derecho a la propia imagen la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, consideró, como nos recuerda Evans de la Cuadra, que se entendía incorporado en el derecho a la vida privada del artículo 19° N° 4.

El artículo 14° de la moción establecía un catálogo, aunque abierto, de los casos que deberían ser considerados como intromisiones ilegítimas en la vida privada de una persona, haciendo referencia, especialmente, a la utilización de medios técnicos destinados a reproducir la imagen o la voz de una persona con el objeto de reproducir o conocer la vida íntima de las mismas. Las letras a) y b) de esta disposición, que se refieren a la materia, no distinguen a si el lugar en que se utilizan esos medios técnicos son públicos o privados y sólo mira a la finalidad de su utilización.

En el transcurso del debate de la iniciativa en el Senado, y a la luz de algunos informes agregados a los antecedentes, se fueron decantando ciertos aspectos. Así, por ejemplo, en su primer informe, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, optó por suprimir del artículo segundo de la moción, la referencia que hacía al derecho del anonimato y de reserva[120], por cuanto a juicio de la Comisión: "Hay determinados antecedentes que no deben permanecer desconocidos, sin romper el justo equilibrio entre el derecho a la privacidad que le asiste a toda persona y el hecho de que ella vive en sociedad". Se trataba de evitar la colisión con el legítimo ejercicio de la libertad de información.

Del mismo modo, entre las modificaciones relevantes de la Comisión de Constitución del Senado, se optó por reducir el universo de la

120 Durante el debate, el senador Cantuarias estimó que este derecho apunta "en la dirección de que los datos de las personas que figuran en los registros de determinadas instituciones, organismos y servicios, no puedan ser dados a conocer por éstos, sin autorización expresa del titular".

casuística del artículo 14° respecto de las intromisiones ilegítimas en la vida privada, para dejar solamente la descripción más general que se hace en la última letra del precepto. Es decir, que hay intromisión ilegítima en la vida privada de una persona en todo acto u omisión arbitrario o ilegal que moleste, perturbe, amenace o prive a una persona del ejercicio legítimo del derecho a su vida privada.

Por indicación de la senadora Feliú se dejó constancia de la supresión de la referencia, en el artículo segundo, a la expresión: "una vida tranquila, sin hostigamiento ni perturbaciones" por considerarse que ella es una consecuencia, una "aplicación de la intimidad".

Desde luego, no corresponde efectuar aquí una transcripción completa del desarrollo de la discusión de esta moción en el Senado. Solamente hemos resaltado algunos de los temas que nos han parecido más relevantes en la misma. Ciertamente, otros aspectos, como los relativos a la indemnización de perjuicios o a aspectos específicos del tratamiento de los derechos de los afectados resultan de gran interés.

Pese a todo, debemos señalar cuáles son las grandes líneas de apreciación crítica que podemos destacar en el proyecto remitido por el Senado a la honorable Cámara de Diputados.

Ellas son, a nuestro juicio, las siguientes:

1. Una cierta falta de comprensión respecto a que el bien jurídico protegido a través de las técnicas de protección de datos no se reduce exclusivamente al derecho a la vida privada. Queda claro de la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán recaída sobre la Ley del Censo de 1983, que basta con la presencia de datos absolutamente aislados, que no digan relación alguna con la intimidad, para que la lesión al derecho de autodeterminación informativa pueda producirse a consecuencia de la vinculación de estos datos y de la construcción de un perfil del individuo que no corresponde a su personalidad.

Ha sido ampliamente demostrado que la tendencia seguida por algunas legislaciones, como la norteamericana y la italiana, consistente en subsumir bajo la figura de la *privacy* o de la *riservatezza*, el conjunto cada vez más amplio de atentados posibles en contra del derecho a la intimidad, conduce inevitablemente a un desperfilamiento cuantitativo y cualitativo de las figuras jurídicas que sirven de marco a este procedimiento.

Puede observarse en el *iter* legislativo de los proyectos chilenos so-

bre la materia, que el segur la tendencia indicada ha ido generando sucesivas confusiones y traslapes normativos en el desarrollo y discusión de estos proyectos que, afortunadamente, han podido ir salvándose, sucesivamente, en este proceso.

Pero las evidencias son claras: se regula un conjunto de derechos que se entiende pertenecen a la esfera del derecho a la vida privada: derecho al anonimato y reserva o el derecho a una vida tranquila sin hostigamientos ni perturbaciones, derecho a la propia imagen. La lista podría haber sido extendida *ad infinitum*, ya que la enumeración contenida en la moción era simplemente ilustrativa.

El profesor Gastón Gómez ya advertía en su informe al Senado sobre las consecuencias que el método podía ocasionar respecto de la procedencia del recurso de protección. Ponía en tela de juicio el que el recurso fuera procedente respecto de figuras no contempladas, de manera expresa, en el artículo 19° N° 4 de la Constitución, como es el caso, por lo demás, del derecho a la propia imagen.

2. Junto a lo anterior, la moción incurre en una pretensión parecida a la que, posiblemente, hizo fracasar los proyectos de la Comisión Hajna: el querer regular todo el marco de situaciones referentes a la vida privada. En efecto, como hemos dicho, la moción está compuesta por normas destinadas a regular la vida privada de las personas y, en cierto modo, a establecer una línea divisoria entre el concepto de lo público y lo privado (artículo 14°), fijando las pautas de lo que consideraba las intromisiones ilegítimas en la vida privada de los individuos.

Sin embargo, la mayor parte de sus disposiciones están orientadas a regular el tratamiento automatizado de datos personales, aunque sus disposiciones en esta materia no han sido, en ningún caso, exhaustivas.

3. En relación a los derechos del afectado, detectamos los siguientes problemas:

a. La confusión entre el derecho de acceso y el derecho de información, en el artículo 11°. La moción parece no comprender esta importante diferencia y, en la medida que no se contempla en ella una autoridad pública que controle y ponga a disposición de los ciudadanos las listas de archivos de datos que registra, la garantía servirá de poco en la medida que será muy difícil que el afectado pueda tomar conocimiento de la existencia de datos que le conciernen.

b. Una regulación muy incompleta, en el artículo 12°, de los derechos de rectificación y cancelación.

En síntesis, podemos afirmar que si bien el proyecto tiene la virtud de iniciar la discusión sobre el tema de la protección de datos, es todavía, en su etapa inicial, muy imperfecto y sujeto a toda clase de correcciones.

c.1.2. Su tramitación ante la Cámara de Diputados

La moción del senador Cantuarias, bastante modificada por el Senado antes de su envío a la Cámara, sufre en la Cámara de Diputados una transformación sustancial, que cuenta, por lo demás, con el asentimiento de su autor.

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados estimó oportuno encomendar a dos de sus diputados, los sres. José Antonio Viera Gallo y Luis Valentín Ferrada, la redacción de un nuevo texto abocado directamente a regular la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos personales.

La decisión de la Comisión ha sido, sin duda, muy acertada, y mejora de manera sustancial la moción original, encaminándose en la perspectiva clásica de las técnicas de protección de datos.

El nuevo proyecto se articula sobre la base de cuatro títulos y un título preliminar. Este último establece disposiciones generales, fijando el principio inspirador de la ley, la definición de datos personales y el derecho a información de los afectados. El Título I, regula el procesamiento y utilización de datos personales; el Título II, los derechos de las personas afectadas; el Título III, el procesamiento y utilización de datos personales por los medios de comunicación social y, finalmente; el Título IV, las sanciones y acciones a que da lugar la ley.

Si bien es cierto que, como hemos dicho, el nuevo proyecto emanado de la Comisión de Constitución de la Cámara, se encamina en el correcto sentido, en la medida que opta por proteger los datos y no por continuar en la espinosa senda de pretender un estatuto global de la privacidad en el que se incluye la protección de los datos junto a un variopinto universo de bienes jurídicos, es necesario introducir algunas modificaciones de fondo y forma.

Por esta razón manifestamos ahora nuestras principales apreciaciones en torno al "nuevo" proyecto. Ellas son las siguientes:

A. En cuanto a los aspectos de fondo, esto es, a los que tienen relación con las ideas inspiradoras del proyecto, nos parece denotar en él tres perspectivas inspiradoras, referidas tanto a los aspectos de principio, como al ámbito de aplicación de futura ley y al sistema de control preferido.

A.1. En relación al principio inspirador, el proyecto parte de la base de reconocer a toda persona el derecho a recolectar, procesar, custodiar y transferir datos. Así lo expresa en su artículo primero, agregando luego, en el segundo inciso, que reconoce este derecho con el "propósito de proteger a las personas por el uso que terceros puedan hacer de sus datos personales".

Se trataría, entonces que el legislador fije los límites a este derecho a la libre recolección, proceso, custodia y transferencia de los datos.

Nos parece que un tal tratamiento del problema nos lleva a situar su conceptualización jurídica, precisamente, en el terreno menos oportuno, porque lo que las técnicas de protección de datos tratan de lograr no es ampliar las posibilidades jurídicas de individuos para recoger informaciones sobre los demás, sino precisamente todo lo contrario.

El punto de partida para la teoría de la protección de datos es que los medios técnicos facilitan de un modo altamente inconveniente la circulación de informaciones sobre datos personales de los individuos que, incorporados en registros manuales o automatizados, pueden derivar en la elaboración de un perfil postizo de la personalidad de un sujeto.

No se piense, sin embargo, que lo que queremos afirmar es el aspecto de la intimidad que se vincula a su clásico reconocimiento como libertad negativa, al derecho a ser dejado solo formulado por el juez Cooley[121].

Muy lejos estamos de una perspectiva semejante, tanto porque creemos que el concepto moderno de intimidad supera ampliamente su conceptualización como libertad negativa y que hoy más bien debe pensarse como un derecho que permite a los individuos positivamente controlar aquellos aspectos que, a su juicio, deben permanecer bajo alguna esfera de reserva, como porque tratándose de la protección de

121 Thomas Cooley. *A treatise on the Law of torts or the wrongs which arise independenttly of contract*. Callaghan, Chicago, 1932.

datos estamos en presencia de un derecho autónomo distinto a la intimidad, con un perfil propio.

De manera que, si se quiere comprender bien el fenómeno que debe ser objeto de la regulación, se debe partir de la base de reconocer el derecho a la libertad informática de los individuos y no el derecho general a recolectar y difundir información porque, este último, si hemos de concebirlo como un derecho, está llamado a ocupar un lugar distinto del que es ahora objeto de preocupación por los legisladores.

Por lo demás, así lo entendió don José Antonio Viera Gallo en la sesión de la Cámara de Diputados de martes 30 de julio de 1996, cuando informó el proyecto, al señalar que "el hecho de recoger y registrar datos personales constituye una limitación en la esfera de los derechos de las personas", es decir, lo contrario de lo que expresa el artículo primero. A mayor abundamiento, y después de citar que el proyecto se basa, principalmente, en las leyes alemana y española y de referir cómo el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido el derecho a la autodeterminación informativa, el diputado Viera Gallo ha dicho: "Eso es lo que hace este proyecto: determina una limitación a la libertad de información y, al mismo tiempo, establece una habilitación de quién y cuándo puede recoger los datos personales".

b. Desde el punto de vista del ámbito de aplicación, nos parece que si bien el proyecto no distingue entre bases de datos públicas o privadas, la forma de su registro y la limitación a que los registros privados sujetos a esta obligación son únicamente los "organizados con la finalidad de darlos a conocer a terceros" (artículo 13°, inciso segundo del proyecto), denota el mayor temor del legislador frente a la información controlada por la administración. De otra manera no se explica que se haya optado por entregar la actividad de registro a la Contraloría General de la República.

Es evidente que la concentración de informaciones en el seno del Poder Ejecutivo y de la administración, es un riesgo que hay que precaver en garantía de la libertad, pero no debe perderse de vista que en la sociedad moderna los grandes centros de información y la mayor concentración del poder informático no se encuentra, precisamente, en los órganos del Estado.

Y aquí lindamos con otros aspectos interesantes de la protección, en la medida que en relación al derecho de autodeterminación se hace plenamente justificable la teoría de la *drittwirkung*, es decir, aquella

teoría de acuerdo con la cual los derechos constitucionales no sólo tienen eficacia frente a la administración en su forma tradicional de derechos públicos subjetivos que se ejercen frente al Estado, sino que también vinculan a los particulares.

c. En cuanto al sistema de control. El "proyecto de la Cámara" opta por establecer un sistema de Registro, al estilo anglosajón, pero con la particularidad de que éste deberá ser efectuado ante la Contraloría General de la República.

¿Cuáles son las dificultades que vemos en esto? Principalmente tres:

a. Que la obligación de registro solamente está concebida para los registros públicos y que, del tenor del artículo 13° inciso segundo del proyecto, pareciera que no pesaría esta misma obligación para las bases de datos del sector privado.

b. Que la Contraloría se limita a efectuar materialmente el registro y a actualizarlo, sin que se le dote de facultades explícitas de vigilancia, más que aquellas que en su carácter de órgano contralor de la administración le corresponderían de acuerdo a las normas generales. Pero, ¿quién controlará las bases de datos privados?

Un principio básico de las técnicas de protección de la libertad es el que nos ha recordado el profesor Vanossi en una publicación, sobre el Hábeas Data, en una revista jurídica argentina (**El Derecho**). El dice, mas o menos, lo siguiente: "a una mayor posibilidad de lesión de la libertad corresponde paralelamente incrementar los mecanismos de control".

No parece estar, sin embargo, presente aún esta idea en el proyecto que analizamos, aun cuando esperamos que en el proceso de perfeccionamiento a que invita el diputado Viera Gallo[122], en la misma sesión antes citada, ella pueda efectivamente concretarse.

122 Dijo allí el Sr. Viera-Gallo (Sesión 20 de la Cámara de Diputados, de 30 de julio de 1996): "Creo que el proyecto amerita complementarse con artículos más precisos respecto de los datos personales, de la actividad policial, de antecedentes comerciales y judiciales".

El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú

Francisco J. Eguiguren P.

1. Aspectos generales

Al igual de lo que ha venido sucediendo en diversos países, la incorporación del Hábeas Data al ordenamiento constitucional peruano es un hecho particularmente reciente y novedoso. Es en la Carta de 1993 (vigente desde el 31 de diciembre de dicho año) donde se estableció, en su artículo 200°, inc. 3, dentro del Título que regula las «Garantías Constitucionales, la «Acción de Hábeas Data» como el instrumento para la protección de los siguientes derechos:

- a solicitar y obtener información de entidades públicas (Art. 2°, inc. 5);
- a que los servicios informáticos -públicos o privados- no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (Art. 2°, inc. 6);
- al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social (Art. 2°, inc. 7).

Si nos atenemos a su denominación, el Hábeas Data conjuga una curiosa mixtura: de un lado, el vocablo «hábeas», que evoca al clásico Hábeas Corpus; y, de otro lado, la expresión «data», con su significado de información o datos, que refiere al vertiginoso desarrollo tecnológico reciente. El Hábeas Data parece surgir pues como intento de actualizar o extender el elenco de procesos constitucionales, para responder

a las nuevas situaciones y realidades. Es decir que, en su traducción literal, el Hábeas Data supondría algo así como «traer la información» o «conservar los datos»[1].

Buscando definir sus alcances y contenido más completos[2], el Hábeas Data debe brindar a la persona afectada protección y mecanismos para obtener:

a) **Acceso** a información de su interés o a conocer datos sobre su persona que se encuentran en archivos o registros.

b) **Actualización** de informaciones o datos personales contenidos en archivos o registros.

c) **Rectificación** de informaciones o datos inexactos.

d) **Exclusión o supresión** de «datos sensibles» que, por su carácter personal o privado, no deben ser objeto de almacenamiento o registro a fin de salvaguardar la intimidad personal o la eventual no discriminación.

e) **Confidencialidad** de informaciones o datos personales que, por su carácter reservado, no debe permitirse su difusión a terceros (secreto tributario, bancario o médico).

Atendiendo a las consideraciones expuestas, cabe señalar que la regulación constitucional del Hábeas Data en el Perú mereció -casi desde un principio- severas críticas de autorizadas voces de la doctrina nacional. Así, García Belaunde[3] considera una desnaturalización del Hábeas Data su extensión al derecho de rectificación, a la par de una peligrosa proclividad hacia la eventual censura de los medios de comunicación. Debe destacarse que similar preocupación fue asumida por los principales órganos de información y por entidades representativas del quehacer periodístico, generando una clara presión que llevó al propio oficialismo parlamentario a realizar una reforma constitucional que condujo a la supresión del Hábeas Data en dicho ámbito.

---

1 Cf. Ekmekdjian, Miguel Angel y Calógero Pizzolo: **Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática.** Depalma; Buenos Aires, 1996; p. 1.

2 Cf. Néstor Pedro Sagüés: «Hábeas Data: su desarrollo constitucional»; en, **Lecturas Constitucionales Andinas,** N° 3; Comisión Andina de Juristas; Lima, 1994, pp. 90-92.

3 Cf. Domingo García Belaunde: «Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993»; en, **La Constitución de 1993; análisis y comentarios**; serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 10; Comisión Andina de Juristas; Lima, 1994; pp. 259-260.

A su vez, Abad Yupanqui[4] considera que -en última instancia- la inclusión de este proceso constitucional especializado puede resultar innecesaria, pues similar protección ya era factible a través del Amparo; igualmente cuestiona el carácter tan amplio que se confiere a este instituto, al hacerlo extensivo a la rectificación de informaciones y a afectaciones de ciertos derechos personales a través de medios de comunicación social.

Por mi parte, además de haber compartido plenamente tales observaciones, quisiera adelantar -aunque pudiera parecer esta afirmación contradictoria- que no obstante la inadecuada extensión o ampliación del Hábeas Data para la protección de ciertos derechos afectados a través de los medios de comunicación social, sus alcances resultan claramente insuficientes o restringidos cuando regula la materia que le es -en estricto- genuinamente propia, es decir, la protección frente a informaciones o datos almacenados en archivos, registros o bancos informáticos. Paradójicamente pues, la regulación del Hábeas Data en la Constitución Peruana «peca» doblemente, en unos casos por excederse y, en otros, por omisiones o carencias.

2. Desarrollo del Hábeas Data en la experiencia comparada

Siendo que el Hábeas Data ha aparecido para la protección de ciertos derechos con relación a la libertad informática, sus antecedentes genéricos básicos podemos remontarlos a los intentos por preservar esferas personales de injerencias o perturbaciones externas no deseadas, a fin de garantizar la privacidad o intimidad personal. De allí se evolucionaría luego hasta llegar a la protección frente a los riesgos del almacenamiento, registro y utilización informatizada de datos relacionados con la intimidad personal o temas sensibles.

Conforme señalan Ekmekdjian y Pizzolo[5], el desarrollo conceptual del derecho a la intimidad personal o *right of privacy*, tiene lugar en la

4 Cf. Samuel Abad Yupanqui: «Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales»; en, **Lecturas sobre Temas Constitucionales 10**: Comisión Andina de Juristas; Lima, 1994; p. 268.

5 *Op. cit*; p. 8. En esta obra se puede encontrar una breve e interesante reseña de la evolución del derecho a la intimidad o privacidad en Estados Unidos y Gran Bretaña.

experiencia de los Estados Unidos y en el Reino Unido, desde finales del siglo pasado. Un punto crucial en este itinerario fue la definición del derecho a la privacidad como *the right to be let alone*, es decir, el «derecho a ser dejado en soledad» (sin ser molestado o perturbado) elaborada por el juez Cooley; este concepto fue desarrollado por los juristas norteamericanos Warren y Brandeis, buscando proteger a la persona frente a datos o actos de índole personal, que se ponen en conocimiento del público o de terceros sin el consentimiento del afectado.

Tiempo después, aproximadamente desde 1960 y como reacción al vertiginoso desarrollo tecnológico que se traduce en nuevos sistemas informáticos, tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña se empiezan a promover proyectos legislativos que, dando un nuevo giro o extensión al concepto de derecho a la privacidad, se refieren a la protección de la libertad y esfera personal frente a posibles excesos del registro informatizado o difusión de datos e informaciones vinculadas a aspectos reservados o íntimos.

Se llegó así, finalmente, a la *Privacy Act* norteamericana del 31 de diciembre de 1974, a la *Data Protection Act* británica de 1984, y a la Ley Orgánica N° 5/1992 española, denominada «Regulación del tratamiento automatizado de datos».

En el nivel de los textos constitucionales, la Carta de Portugal de 1976 estableció, en su Art. 35°, el derecho del ciudadano a: 1) Conocer las informaciones que le conciernen almacenadas en archivos, su finalidad y la posibilidad de rectificarlas o actualizarlas; 2) a que la información no sea utilizada para el tratamiento de datos «sensibles», referentes a convicciones políticas, religiosas o a asuntos de la vida privada, salvo que se trate de datos no identificables personalmente, con fines meramente estadísticos; 3) a que no se atribuya a los ciudadanos un número nacional único de identificación.

La Constitución Española de 1978 estableció, en su Art. 18.4, que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». A su vez, en su Art. 105°, b), asegura «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona».

En el ámbito latinoamericano, fue la constitución brasileña de 1988, en su Art. 5º, inc. LXXII, la primera en abordar estos temas, pero -sobre todo- también la primera en «bautizar» constitucionalmente al instituto del Hábeas Data[6]. Dicha norma dispone que: «Se concederá Hábeas Data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo en proceso reservado judicial o administrativo».

La constitución colombiana de 1991, ha establecido en su Art. 15º que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, con la obligación del Estado de respetarlos y hacerlos respetar. Agrega luego: «De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución».

A su turno, la Constitución del Paraguay de 1992, en su Art. 135º, establece expresamente el Hábeas Data y dispone: «Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos».

Como acertadamente señala Sagüés[7], la novedad principal de la norma paraguaya (por lo demás bastante completa en su regulación del Hábeas Data) radica en que no sólo comprende dentro de la protección de este instituto los consabidos derechos personales como privacidad, no discriminación, reserva sobre convicciones políticas o religiosas; sino también derechos personales de índole patrimonial, referidos a información o datos sobre bienes.

Más recientemente, la constitución argentina -con la reforma aprobada en 1994- regula expresamente en el Art. 43º el Hábeas Data,

6 Cf. José Afonso Da Silva: *Curso de Direito Constitucional Positivo;* Editora Revista dos Tribunais, 1991; pp. 390-393.

7 Cf. Néstor Pedro Sagüés: *Op. cit;* p. 96.

estableciendo que «Toda persona puede interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística».

En definitiva, estos desarrollos doctrinarios y normativos fueron configurando un nuevo término y una suerte de derecho autónomo conocido como **libertad informática**, un derecho que «tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a la información que les concierne, archivada en bancos de datos. Esto es el Hábeas Data: un instrumento para controlar la calidad de ellos, corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su posible transmisión»[8].

Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Alemán, puede hablarse de un **derecho a la autodeterminación informativa**[9], consistente en la facultad de disponer sobre la revelación y utilización de los datos personales, que abarca todas las etapas de la elaboración y uso de datos por medios informáticos, es decir, su almacenamiento, registro, calificación, modificación, transmisión y difusión.

Una atingencia fundamental que cabe formular, luego de este breve recuento de la evolución de la institución del Hábeas Data, es que en rigor se aprecia una significativa confusión conceptual sobre su naturaleza. Así, en algunas constituciones se le regula como una suerte de derecho autónomo (aspecto sustantivo) consistente en la denominada «autodeterminación informativa» o la protección frente a los posibles excesos del poder informático en bancos de datos, archivos o registros. Mientras que en otros casos, como el peruano, se define al Hábeas Data como una garantía o proceso constitucional especial (aspecto instrumental) destinado a la protección y defensa de los derechos específicos antes señalados.

8 Ekmekdjian y Pizzolo: *Op. cit;* p. 23.

9 Un interesante análisis de la evolución de este derecho puede encontrarse en la obra **El derecho a la autodeterminación informativa**, de Pablo Lucas Murillo; publicada por Tecnos dentro de la serie «Temas claves en la Constitución Española».

3. El Hábeas Data en la constitución peruana de 1993

Entre las novedades que introdujo la vigente constitución peruana de 1993, se encuentra la recepción del instituto del Hábeas Data como garantía constitucional. Así, en el inciso 3 del Art. 200º se establece: «La acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5, 6, y 7 de la Constitución».

Independientemente de la discusión sobre la necesidad o conveniencia de establecer al Hábeas Data como una garantía constitucional específica, pues en verdad es una suerte de Amparo «especializado» para la protección de ciertos derechos, sobre todo ante los riesgos de excesos provenientes del poder informático, considero que su regulación constitucional en el Perú ha incurrido en serias deficiencias.

En unos casos, el error o defecto ha provenido, presumiblemente, de confusiones conceptuales, que han llevado a desnaturalizar los alcances y el ámbito de acción propios del Hábeas Data, al darle una extensión amplia y, ciertamente, excesiva, involucrando dentro de su cobertura la protección genérica ante cualquier afectación de los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, como a la voz e imagen propias: igualmente su aplicación al derecho de rectificación a informaciones inexactas o agraviantes difundidas a través de medios de comunicación social (inciso 7).

En otros casos, paradójicamente, la deficiencia consiste en la regulación restrictiva o diminuta de las posibilidades de protección frente a posibles excesos en el registro y difusión de datos por parte de servicios informáticos, que puedan afectar la intimidad personal o familiar (inciso 6). Ante ello, la utilización del Hábeas Data, precisamente en el terreno que le es más propio, resulta seriamente limitada.

Siendo que el Hábeas Data ha sido establecido por nuestra Constitución como un remedio procesal destinado a proteger determinados derechos, estimo que la mejor manera de apreciar las referidas deficiencias en que ha incurrido su regulación es analizando el tratamiento y alcances dados por la Carta a estos derechos.

a) Solicitud de información de entidades públicas.

El inciso 5 del artículo 2º de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho:

> «A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
>
> El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado».

Se trata de un derecho general de acceso a información (a solicitarla y a recibirla) exigible a entidades públicas; debemos entender que se refiere a informaciones que tienen carácter público, por lo que se justifica la exclusión de aquélla que pueda afectar la intimidad personal o la seguridad nacional, al margen de lo imprecisa que pueda resultar la determinación de los aspectos incursos en esta última restricción. También parece razonable dejar a la ley la posibilidad de incluir algunos otros ámbitos excluidos del acceso público, como pueden ser ciertos secretos comerciales o industriales, o historias clínicas, por ejemplo.

Naturalmente, la incorporación de este derecho constitucional de acceso a la información disponible en entidades públicas resulta muy positiva y destacable; sobre todo porque permite a los ciudadanos mayores niveles de participación y reafirma la tesis de que en materia de informaciones vinculadas a entidades estatales, la regla debe ser la publicidad y el acceso público a éstas, con el consiguiente libre acceso y conocimiento por parte de los interesados, sin necesidad de expresar la causa que motiva el requerimiento y con la sola obligación de solventar el costo que demande la reproducción y entrega de dicha información.

Es correcto que para asegurar el ejercicio efectivo de este derecho de acceso a información pública se establezca su protección a través de un proceso constitucional, a utilizar si la autoridad o entidad involucrada incumple con la obligación de proporcionar la información solicitada

o si se resiste a hacerlo alegando que se trata de aspectos sujetos a reserva y excluidos del acceso público. En cualquiera de ambos supuestos, la acción constitucional de garantía permitirá que el interesado acuda a los tribunales, ya sea para que éstos obliguen al emplazado a atender el requerimiento o determinen si la razón alegada para justificar su negativa tiene suficiente fundamento.

Lo que sí cabría preguntarse es si la aplicación del Hábeas Data para la protección de este derecho general de acceso a la información pública, resulta compatible con la naturaleza y alcances habituales propios de este instituto.

En rigor, creo que la constitución peruana introduce una novedad algo peculiar en este campo, pues -como hemos tenido ocasión de apreciar- en la experiencia comparada predominante el Hábeas Data es estatuido para proteger la intimidad personal y ciertos datos «sensibles» que pueden verse afectados por su registro o difusión a través de servicios informáticos o bancos de datos de acceso o consulta pública.

El precepto constitucional bajo comentario se vincula a un derecho genérico de acceso a datos o informaciones, lo que no resulta del todo extraño a la naturaleza del Hábeas Data. La diferencia o novedad radica, en este caso, en que se trata de información en general a cargo de entidades públicas, sin establecer ninguna conexión o condición que la refiera a información existente en bancos de datos o servicios informáticos; también en que el interés principal protegido no es el resguardo de la intimidad personal o de la privacidad.

En realidad, el derecho cautelado en esta norma corresponde a la libertad de acceso y conocimiento de la información pública, destinado a favorecer la mayor y mejor participación e información general de los ciudadanos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales.

En todo caso, si bien esta extensión del Hábeas Data a la protección del derecho referido se aparta de los cánones más ortodoxos y difundidos del instituto (por lo que podría ser objetado por cierta falta de coherencia o «pureza» conceptual) es verdad también que ello no ofrece mayores problemas o perjuicios que ameriten un severo cuestionamiento

b) Suministro de información por servicios informáticos.

El inciso 6 del artículo 2º de la Constitución establece que toda persona tiene derecho:

> «A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

Aquí si nos encontramos en el ámbito más propio y aceptado de aplicación del Hábeas Data, resultando muy positivo que la Constitución haya incorporado este derecho, buscando así otra forma de preservar y resguardar la intimidad personal y familiar.

Una primera atingencia importante es que, en este caso, el sujeto obligado o quien aparece con legitimidad pasiva para ser emplazado en el Hábeas Data, es un **servicio informático**, público o privado, es decir una entidad cuyo objeto está referido al archivo, sistematización y difusión de datos, con la finalidad de brindar un servicio informativo, de registro o de consulta destinado al público o a terceros.

En esta línea, quedarían excluídos de los alcances de esta norma las informaciones almacenadas o elaboradas por personas particulares (tales como periodistas o investigadores) que para realizar su trabajo requieren disponer de ciertos datos, pero cuyo objeto o finalidad es el uso privado. Igualmente considero que podrían quedar excluídos los bancos de datos de entidades privadas cuya información no está destinada al acceso público ni a ser comunicados o difundidos a terceros.

En todo caso, considero que la utilización del término «servicios informáticos», resulta inconveniente y se presta a equívocos. Y es que no debemos entender que se refiere únicamente a las instituciones públicas o empresas privadas que prestan o venden servicios informáticos a terceros, pues con tal criterio, los registros, archivos o bancos de datos de ciertas dependencias públicas que sirven de apoyo al accionar de su institución (Ministerio del Interior, Dirección de Migraciones, Policía) y cuya finalidad no es ofrecer el servicio de suministro de datos, podrían pretender quedar fuera del alcance de la norma constitucional, lo que -ciertamente- burlaría y desnaturalizaría tanto su propósito como su eficacia.

En suma, por encima del contenido literal del término, debemos interpretar que «servicios informáticos» se refiere e involucra a los ban-

cos de datos, archivos o registros que almacenan y suministran información.

Otro aspecto particularmente grave, es que el texto de este precepto constitucional se restrinja únicamente a prohibir que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que puedan afectar la intimidad personal o familiar, dejando aparentemente fuera de la norma todos los otros aspectos que son típicos de este derecho a la autodeterminación informativa y a la protección del Hábeas Data. Ello revela una lamentable ignorancia y ligereza, pues si el constituyente recogió el Hábeas Data de otras experiencias, cuando menos debió hacerlo en forma completa e integral. Nótese que al momento de elaborarse la constitución peruana ya se encontraban vigentes, para no ir más lejos, las constituciones de Brasil y Paraguay, que regulan este instituto con notoria superioridad en calidad con respecto a nuestra Carta.

Una revisión (e interpretación) literal de la norma no incluye el derecho de la persona a acceder (conocer y recibir) a la información o datos que le conciernen y que se hayan registrados en el banco de datos; y sin ello, mal pueden ejercitarse los otros aspectos que suele involucrar este derecho y su protección mediante el Hábeas Data. Tampoco se podría solicitar y exigir la rectificación o actualización de datos inexactos o falsos, ni -mucho menos- la supresión de datos sensibles que afectan la intimidad personal o familiar.

En síntesis, esta norma constitucional se limitaría, si nos atenemos a su tenor literal, a proteger a la persona evitando que los servicios informáticos suministren datos o informaciones que afectan la intimidad personal, desatendiendo aparentemente todas las otras posibilidades de cobertura de este derecho. Incluso podría pretenderse dejar fuera de la prohibición la difusión de datos que, sin vulnerar la intimidad personal o familiar, pueden conllevar formas de discriminación o contribuir a ésta.

Considero pues muy lamentable el tratamiento dado por nuestra Constitución a este punto, que es el más propio y típico del ámbito de protección del Hábeas Data. Los riesgos de interpretaciones y aplicaciones restrictivas de esta norma pueden ser grandes, siendo de esperar que tal criterio no sea adoptado ni propiciado por la legislación de desarrollo constitucional ni por la jurisprudencia.

Por mi parte creo que una adecuada comprensión de la norma, en aras de efectuar la integración de este derecho y el resguardo de su contenido esencial, exigiría aceptar también la procedencia del Hábeas

Data para conseguir conocer, actualizar, rectificar o suprimir datos personales almacenados en servicios informáticos. Y es que si la Constitución prohibe el suministro de ciertos datos o informaciones, con mayor razón cabría extender los alcances del derecho y del Hábeas Data a los otros supuestos complementarios, pues se trata de componentes básicos y mínimos del derecho a la autodeterminación informativa, que incluso comportan exigencias menos severas.

A mayor abundancia, no sería razonable que el Hábeas Data pueda utilizarse para impedir el suministro o difusión de datos personales sensibles, y -a la vez- excluirlo de eficacia para conocer el contenido de la información que sobre la propia persona obra en el banco de datos, máxime si la Carta (en otra norma) concede un derecho genérico de acceso a información pública. O impedir que por esta vía se actualice o rectifique datos personales inexactos o falsos, cuando la Constitución reconoce un derecho de rectificación a ejercitar ante los medios de comunicación que difundan informaciones inexactas. O que se inhabilite al Hábeas Data para lograr la supresión de datos sensibles o informaciones indebidamente registradas, cuando su sola tenencia en el banco de datos del servicio informático conlleva ya una perturbación o injerencia no consentidas en la intimidad personal y la privacidad; o si la continuidad del dato en el registro puede ocasionar alguna forma de discriminación contra la persona concernida.

c) Derechos al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen propias, y derecho de rectificación

El inciso 7 del artículo 2º de la Constitución establece que toda persona tiene derecho:

> «Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.
>
> Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».

Como ya adelantamos, la extensión del Hábeas Data a la protección de los derechos al honor y la buena reputación, la intimidad personal

y familiar, la voz y la imagen propias, y al derecho de rectificación en los medios de comunicación social, configuró un gravísimo exceso del constituyente del 93. Siendo que conceptualmente el Hábeas Data busca proteger la intimidad personal y la privacidad frente a posibles abusos del poder informático, mediante el registro y difusión de datos sensibles, la aplicación genérica de este remedio procesal constitucional a cualquier clase de afectación de la intimidad y, lo más serio, la inclusión de otro conjunto de derechos que podrían verse afectados a través de los medios de comunicación, revela una muy acusada falta de conocimiento y de idoneidad técnica.

Si la extensión, anómala y desnaturalizada, del Hábeas Data a los derechos antes referidos no fue producto de una confusión, sino que obedeció a una decisión explícita -como sostienen algunos- el asunto puede resultar incluso más delicado. Y es que la intención sería impedir la difusión de datos o informaciones obtenidos a través de la investigación periodística, alegando la afectación de la buena reputación o intimidad de ciertos personajes públicos.

En cualquier caso, fueron tan unánimes y persistentes las críticas que los representantes de los medios de comunicación, del gremio periodístico como de la comunidad académica formularon a esta peligrosa desnaturalización del Hábeas Data, que la mayoría oficialista en el Congreso tuvo que hacerse eco de las mismas. Y así se apuró una reforma del texto constitucional, aprobada mediante Ley N° 26470 (del 12 de junio de 1995) que excluyó al inciso 7 del Art. 2° de la Carta de la aplicación del Hábeas Data, quedando tales derechos bajo la tutela de la acción de Amparo. Esta atinada corrección, nos releva de mayores comentarios al respecto.

4. El funcionamiento del Hábeas Data

4.1. El procedimiento:

La novedosa, aunque imprecisa, incorporación constitucional de la acción de Hábeas Data y la ausencia de una norma procesal que regule su aplicación, sumada a la falta de remisión al procedimiento que debía seguir su tramitación, generaron algunas dudas y confusiones en este campo.

Al saberse que, a pesar de su denominación, el Hábeas Data es una suerte de «Amparo especializado», lo razonable era asumir que el procedimiento a aplicar -al menos transitoriamente- era el que corresponde al Amparo. Esta es, inclusive, la solución definitiva seguida en países como Brasil (Mandato de Seguridad), Colombia (Tutela) y Argentina. Sin embargo, se hizo necesario dictar la Ley N° 26301 (del 3 de mayo de 1994) norma que tiene una expresa vocación transitoria, en tanto se dicte una nueva ley orgánica de garantías constitucionales que regule en detalle el Hábeas Data, y que resolvió algunos problemas o dudas de índole procedimental.

Dicha ley dispone que es competente para conocer del Hábeas Data el juez de primera instancia en lo Civil de turno, del domicilio del demandante o del demandado; si la afectación del derecho se origina en archivos judiciales, sean éstos jurisdiccionales, funcionales o administrativos, la acción se presentará ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior respectiva, la que designará a un juez de primera instancia en lo Civil para efectos del trámite, pero correspondiendo el fallo a la Sala.

En realidad, se trata de una solución similar a la que rige en el proceso de Amparo; por lo demás, la comentada ley hace una remisión expresa a la aplicación procesal supletoria al Hábeas Data de las normas que regulan al referido proceso. La ley contiene también disposiciones relativas a la tramitación del Hábeas Data cuando se trate del ejercicio del derecho de rectificación o de acciones contra medios de comunicación social, que obviamente han quedado derogadas por la ulterior reforma constitucional que excluye a tales supuestos de la protección de dicha garantía.

Quizás el punto más cuestionable de la Ley N° 26301, al margen de los vacíos producto de su carácter coyuntural y transitorio, está referido al tema de las vías previas. El Art. 5°, Inc. a) dispone que, además de las reglas y excepciones que rigen el agotamiento de las vías previas en el Amparo (Ley N° 23506, artículos 27° y 28°) para el ejercicio del Hábeas Data en los casos de solicitud de información pública o de oposición al suministro de información por servicios informáticos (incisos 5 y 6 del Art. 2° de la Constitución) el afectado debe previamente haber formulado un requerimiento, por conducto notarial, con una antelación no menor de quince días calendario.

Considero conceptualmente inapropiada esta equiparación del requerimiento notarial previo a la figura de la vía previa y su agotamiento, coincidiendo en este punto con las objeciones que también plantean Abad Yupanqui[10] y Borea Odría[11]. Si bien el requerimiento antelado por conducto notarial tiene por finalidad dar la oportunidad al presunto agresor de corregir su conducta, evitándose así el recurso ulterior al Hábeas Data, ello dista mucho de asemejarse a la noción de vía previa en el Amparo, que supone la existencia de un típico procedimiento reglado, normalmente ante autoridad administrativa, lo que explica la exigencia de su agotamiento previo y también que se contemplen taxativamente excepciones a dicha regla.

4.2. La jurisprudencia:

Hasta la fecha la utilización concreta del proceso de Hábeas Data viene siendo más bien escasa, situación que -por lo demás- encuentra diversas explicaciones. De un lado, está el hecho de que esta acción de garantía protege específicamente sólo a dos derechos constitucionales, vinculados al acceso a información pública y al impedimento de suministro de informaciones o datos sensibles por parte de servicios informáticos. De otro lado, la relativa novedad de ambos derechos, y del propio instituto del Hábeas Data, determinan su insuficiente conocimiento y restringido uso práctico.

Cabe señalar que el primer caso de Hábeas Data fue promovido por el abogado Vladimir Paz de la Barra, contra los periodistas Nicolás Lúcar y Roxana Cueva, alegando la defensa de sus derechos al honor y reputación y el de rectificación. Sostenía el letrado que el informe periodístico difundido en un programa televisivo, el 30 de enero de 1994, lo vinculaba erróneamente como asesor del responsable de un conocido caso de estafa financiera en agravio de miles de ahorristas, así como de una operación fraudulenta de adquisición de bonos, dañando su prestigio profesional y personal. En la demanda se solicitaba la rectificación del medio informativo, el inicio de acción penal contra los emplazados y el pago de una reparación, así como que éstos se absten-

10 *Op. cit*; p. 12.

11 Cf. Alberto Borea Odría: **Evolución de las Garantías Constitucionales**; Grijley, Lima, 1996; pp. 481-484.

gan de futuras informaciones vinculándolo a dicho caso o al patrocinio jurídico del estafador.

Un aspecto peculiar de este primer caso de Hábeas Data fue que la acción se interpuso ante un juez penal (como corresponde en materia de Hábeas Corpus) no obstante que los derechos afectados venían siendo protegidos, hasta antes de la Carta del 93, a través del Amparo, que se ventila ante el juez civil. Fue por ello que el fallo del cuadragésimo sexto juzgado penal de Lima (de fecha 7 de febrero de 1994) se declaró inadmisible la acción, dado que -pese a no existir ley reglamentaria- el proceso de Hábeas Corpus no era equiparable por estar dedicado específicamente a la tutela de la libertad individual y derechos conexos, por lo que la vía penal, deliberadamente escogida por el actor, no resulta aplicable al Hábeas Data ni compatible con el debido proceso.

A su turno, el fallo de segunda instancia (del 28 de febrero de 1994) confirmó por mayoría la sentencia apelada, agregando como elemento desestimatorio el que el demandante no haya intentado previamente la rectificación de manera directa ante los emplazados. El voto de minoría sostuvo que, si bien no existía norma legal que determinara al juez natural competente, resultaba preferible encargar la tramitación y resolución del caso al juez penal que ya conocía del proceso, opinando por la revocación y modificación del fallo en ese sentido.

Finalmente la Corte Suprema, en fallo del 28 de marzo de 1994, consideró que ante la falta de norma procesal específica aplicable al Hábeas Data, debía recurrirse supletoriamente a la legislación de Hábeas Corpus y Amparo, siendo aplicable al caso el procedimiento de Amparo, por no tratarse de derechos vinculados a la libertad individual. En consecuencia, declaró nula la sentencia de segunda instancia e insubsistente la apelada, ordenando que la causa se remita al juez civil de primera instancia para su tramitación desde el inicio[12].

Para entonces, al parecer el accionante ya no tuvo interés o necesidad de proseguir con el proceso, quedando éste en dicha situación. Poco después la referida Ley N° 26301 vino a intentar corregir este tipo de incertidumbre procedimentales, siguiendo los principales criterios expuestos en la resolución de la Corte Suprema.

12 Los diferentes fallos citados, correspondientes al caso, están publicados en **Autos & Vistos: Comentarios jurisprudenciales**; Colegio de Abogados de Lima y Gaceta Jurídica; enero de 1996; pp. 41-53.

Un caso muy importante fue el promovido por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra el Ministerio de Energía y Minas, ante la negativa de éste a entregarle información sobre la cancha de relaves de la empresa minera aurífera Retama (MARSA). La recurrente, una asociación civil sin fines de lucro dedicada a la defensa y promoción del medio ambiente, alegaba tener conocimiento de un grave caso de daño ambiental causado por la empresa, que ocasionó contaminación de aguas y destrucción de bosques y cultivos, por lo que solicitaba la información del expediente técnico de otorgamiento de la concesión minera y de la autorización de la referida cancha de relaves.

La Fiscal Suprema en lo Contencioso-Administrativo dictaminó por la declaración de NO HABER NULIDAD del fallo de segunda instancia que, revocando la sentencia apelada y reformándola, declaró fundada la acción de Hábeas Data interpuesta. A su turno, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, mediante fallo del 19-6-96, compartió similar criterio y declaró fundada la demanda. Expresó la Sala que la accionante estaba ejerciendo el derecho de acceso a información pública que le confería el inciso 5 del Art. 2° de la Constitución, estando incluso legitimada por el Código del Medio Ambiente para obtener información sobre actividades que puedan afectar la salud de las personas, la conservación del medio ambiente o la integridad de los recursos naturales. En consecuencia, ordenó que el Ministerio demandado proporcione la información solicitada por la entidad accionante[13].

Otro caso importante, invocando el mismo inciso 5 del Art. de la Constitución, fue el Hábeas Data interpuesto por la Asociación Civil «Labor», de Ilo, contra el Director General de Minería, solicitando se le proporcione los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa minera Southern Perú Cooper Corporation para la instalación de una planta de ácido sulfúrico en la fundición de cobre que tiene en Ilo, así como de la resolución que aprueba la instalación de depósitos de dicho ácido en el casco urbano del referido puerto.

La Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró «fundada» esta acción, revocando el fallo apelado que había dispuesto, más bien, la «improcedencia», ordenando al Ministe-

13 Ver Exp. N° 1658-95, publicado en el diario oficial **El Peruano**, «Jurisprudencia»; miércoles 4 de setiembre de 1996; p. 2297.

rio la entrega de la información solicitada por la emplazada. El punto de mayor interés de este fallo, radica en que la Corte reitera que es a ésta a quién compete determinar si la información requerida se encuentra en alguna de las causales de exclusión establecidas por la Constitución o la ley. En tal sentido, sostiene que «...en todo caso, no corresponde ni a la Procuraduría Publica mencionada, ni a la Dirección General de Minería, calificar la solicitud de información requerida por la emplazante, como atentatoria de la seguridad o reserva de la empresa privada, sin que semejante calificación tenga el fundamento legal requerido, tanto más cuanto que, conforme a lo previsto por el artículo décimo primero del Decreto Legislativo Nº 603, Código del Medio Ambiente, los estudios de impacto ambiental se encuentran a disposición del público en general..»[14]

El hecho que no se disponga de casos promovidos en relación a informaciones contenidas en banco de datos o servicios informáticos, producto de su aún incipiente desarrollo o difusión entre nosotros, no permite prever los criterios de interpretación que haya asumido, o pueda asumir, la judicatura en esta materia.

A manera de conclusión

Al margen de lo novedoso que ha resultado la incorporación constitucional del Hábeas Data, considero que su existencia como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación, pues no pasa de ser una suerte de «Amparo especializado» para la defensa de ciertos derechos.

No resulta casual que en países como Brasil, Colombia o Argentina, el ejercicio del Hábeas Data se remita al procedimiento del Amparo (o su equivalente nacional) y que en el Perú la incipiente legislación de la materia no ofrezca ninguna peculiaridad sustancial que amerite la existencia de un proceso constitucional autónomo o diferente del Amparo. Ello nos convence de la conveniencia de efectuar la supresión del Hábeas Data del elenco de las garantías constitucionales.

14 Ver Exp. Nº 263-96, publicado en el diario oficial **El Peruano**, del sábado 28 de diciembre de 1996; p. 2698; repetida el domingo 29 de diciembre de 1996, pp. 2748-2749.

Muy distinto es el caso si es que tendemos a entender la institución del Hábeas Data no como una garantía sino -más bien- como la denominación particular de un derecho específico, o de un conjunto de éstos, vinculados ya sea a la autodeterminación informativa (Art. 2°, Inc. 6) o al acceso a información de entidades públicas (Art. 2°, Inc. 5). Por ello encontramos muy positiva la presencia en el texto de la Carta de 1993 de dichos derechos.

Lo cuestionable es que, en el caso del inciso 6°, se haya regulado con inexcusable insuficiencia los alcances de dicho derecho y, consiguientemente, las posibilidades claras de utilización del Hábeas Data para lograr conocer, actualizar o rectificar datos almacenados en servicios informáticos, así como para suprimir del registro datos personales sensibles. Es de esperar que la ley o la jurisprudencia puedan suplir esta deficiencia y así asegurar el respeto al contenido esencial de este derecho y la eficacia del Hábeas Data.

También fue justificadamente cuestionada la extensión del Hábeas Data a la protección de los derechos al honor y buena reputación, intimidad personal y familiar, imagen y voz propias, y de rectificación en los medios de comunicación (inciso 7 del Art. 2° de la Carta, pues desnaturalizaba seriamente este proceso. Es muy positivo que este error se haya corregido y superado, para lo cual fue necesario realizar una reforma del texto constitucional, excluyendo a dichos derechos de la tutela del Hábeas Data y devolviéndolos a la protección del Amparo.

Habrá que esperar también que una futura ley orgánica integral de desarrollo y regulación de las garantías constitucionales, brinde un completo y adecuado tratamiento al Hábeas Data, superando así los vacíos y limitaciones de la norma transitoria actualmente vigente. En todo caso, resulta muy poco consistente que al establecerse el requerimiento previo, por conducto notarial, como condición de procedencia para el ulterior ejercicio del Hábeas Data, se haya pretendido equiparar este paso con la existencia de una «vía previa» y la exigencia de su agotamiento, que rige en materia de Amparo.

Sólo resta aguardar que la utilización del Hábeas Data se incremente cada día y, lo más importante, que la jurisprudencia vaya plasmando criterios que garanticen su eficacia y completen los alcances de los derechos constitucionales involucrados. Ello será fundamental, y decisivo, para el futuro de este proceso constitucional, pues no debe olvidarse que su ejercicio supone -en no pocos casos- intentar afianzar la

transparencia en la gestión e información de instituciones públicas, cuyo accionar ha gustado de privilegiar el secreto y la exclusión de acceso informativo al ciudadano. Asimismo, porque estará también de por medio frecuentes casos de enfrentamiento con poderosos intereses políticos y económicos, tanto de entidades gubernamentales como de grupos privados.

Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio

Roberto Omar Berizonce

1. Irrupción y gloria de la sistemática "constructivista"; su trascendencia.

El siglo que fenece fue testigo del nacimiento del Derecho Procesal sistemático, que desde sus albores en 1903 cuando Chiovenda formula su famosa prolusión en el curso del Bologna, *L' azione nei sistema dei diritti*, transitó un largo camino de afirmación y desenvolvimiento que llevaron a instalar, en el pensamiento doctrinal primero y prontamente en las instituciones legales, toda una concepción sistemática y científica, sostenida en los principios fundantes -la "trilogía estructural"- de jurisdicción, acción y proceso. El pensamiento chiovendiano -de reconocidas raíces germánicas- planteó un profundo cambio conceptual que hacía emerger problemas nunca antes observados, y demostró la autonomía de la ciencia del proceso, instancia superadora del procedimentalismo y del método de la exégesis. La generosa acogida y los tempranos entusiasmos que despertara la naciente disciplina, pervivieron al impulso vivificador que transmitían las renovadas y cada vez más profundas y complejas enseñanzas de los continuadores. Carnelutti aporta la grandiosidad de su sistema, mientras Redenti desarrolla la visión histórica de las instituciones procesales y, a su tiempo, Calamandrei posa su aguda visión en la acción humana en el gran drama judiciario, ve desfilar a partes, jueces y abogados en su doliente humanidad. Todos ellos, como destacara Satta, fueron en el fondo, en un sentido u otro, verdaderos poetas apasionados que idealizaron los resultados de la ciencia. Lo decisivo es la profunda renovación del método de estudio que inauguraron, no sólo para la propia disciplina

sino con fuerza expansiva y utilidad en todas las ramas del derecho y, particularmente, en la teoría general. Al punto que se ha afirmado -no sin cierta exageración- que el advenimiento del derecho procesal civil fue el hecho más saliente en la historia de la ciencia jurídica del siglo[1].

En el desenvolvimiento de aquella clásica trilogía, la concepción dualística derecho sustancial-acción fue dejando paso y superada a partir de una renovada visión unitaria del fenómeno jurídico. No puede pensarse en el derecho sustancial como existente y operante, allí donde es negado en su concreta realización. La acción, se afirma, es en realidad el derecho, el único derecho que se puede concretamente concebir, y tiene por su contenido la postulación en juicio. El *fulcro* del derecho procesal se desplaza desde la ley al juez, o mejor, que ley y juez son los dos inescindibles momentos de la concreción del derecho, que está en poder de la parte[2].

2. El tránsito superador (desde la plataforma de los logros de la sistemática) hacia una visión totalizadora de los fenómenos del proceso y del sistema de justicia.

De ahí en más es todo historia reciente. Mauro Cappelletti[3], el dilecto discípulo florentino de Calamandrei, anunciaba en 1972 en el prólogo

1 Hemos seguido en esta descripción a Satta S., "*La dottrina del Diritto Processuale Civile*", Riv. Dir. Proc., 1992, n°3, p.703, ensayo de 1974 que fuera su último trabajo, según lo anota allí Cipriani. La historia del procesalismo moderno durante el lapso de referencia es, por otra parte, ampliamente conocida. Entre nosotros, debemos especialmente su difusión -como en tantas otras materias- a Sentis Melendo (**Estudios de Derecho Procesal**, EJEA, Bs.As., 1967, v.II, *passim*). El siempre recordado maestro español destacó también la profunda incidencia de las ideas de la doctrina clásica italiana entre los cultores argentinos: "50 años de proceso civil argentino ¿donde estamos? ", en su obra póstuma, **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**, EJEA, Bs.As., 1979, p.461.

2 Satta S., ***op. cit.***, p.709. No es diferente la perspectiva que el tan cercano maestro Mercader desarrollara en sus últimos escritos. Así, en **Estudios de Derecho Procesal**, Ed. Platense, 1964, pp. 326; *id.*, **El proceso y la unidad del orden jurídico**, J.A., 1968-III, doct., p.744. Conf.: A.M. Morello, **Mercader en la cultura procesal argentina**, J.A., 1967-VI, p.839; *id.*, "El proceso en el ordenamiento jurídico", **La Ley**, 1991-C, p.831 y también en **Estudios de Derecho Procesal**, LEP, 1998, v.1, p.3.

3 Debemos también a Sentis Melendo la difusión entre nosotros de la obra de Cappelletti y Denti. Desde la traducción del temprano estudio del entonces profesor de Florencia, ***Studio del Diritto e tirocinio proffesionale in Italia e in Germania. La crisi delle professioni giudiziarie***

a su *Giustizia e Societá* los fundamentos de una renovada ciencia del proceso, uno de cuyos primeros frutos veía en la obra de V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, de 1971[4]. Reflejaba el amanecer de una nueva escuela de pensamiento procesalístico y jurídico en general, entre cuyos precursores se reconocía a Calamandrei y al gran comparatista Ascarelli, que apoyándose en la aplicación de métodos empírico-deductivo e histórico-comparativo, pretende recrear los grandes temas del proceso, insertándolos en nuevas y ampliadas dimensiones -constitucional, social, transnacional- para formular propuestas siempre comprometidas, para la transformación evolutiva de las instituciones jurisdiccionales y su adecuación a las nuevas circunstancias de la sociedad.

En esa visión, el proceso común civil es el espejo donde se reflejan de la manera más directa los conflictos de nuestra época, que tocan el "corazón", la estructura misma de la sociedad. De ahí que el fenómeno, y aun todo el sistema de justicia, ha de ser contemplado necesariamente bajo el perfil de su efectividad, de su accesibilidad, de su adecuación a las instancias de una sociedad renovada y sustentada en valores proyectados hacia la construcción de un orden social más justo. Así, pasan a un primer plano, para convertirse en objeto de análisis y propuestas, temas antes largamente descuidados por la dogmática tradicional, como la eficiencia de la "máquina de justicia", la duración y costo del proceso, la accesibilidad de la justicia a todos[5], la correspondencia del dere-

---

in Italia. Problemi e rimedi, Dott. A. Giuffré ed., Milano, 1957, publicada por EJEA en 1959, en traducción de S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redin, bajo el título **Estudio del derecho y tirocinio profesional en Italia y en Alemania**. Luego sucesivamente, diversos estudios agrupados bajo el título **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, también en traducción de Sentis Melendo (EJEA, Bs.As., 1972), donde se incluye un capítulo de la obra fundamental ***La testimonianza della parte nel sistema della oralitá. Sigue Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*** (1968), bajo el título **El proceso civil en el derecho comparado** (EJEA, Bs.As., 1973); y, por último, diversos estudios aparecidos originariamente en ***Processo e ideologie*** (1969) y en ***Giustizia e Societá*** (1972), editados por el mismo sello editorial en 1974: **Procesos, ideologías, sociedad** (trad. S. Sentis Melendo y T.A. Banzhaf). Además de la traducción y publicación de otros estudios cortos en la colección de Breviarios. Bien podía afirmar el maestro español en la presentación de 1974 que la obra de Cappelletti por entonces estaba en gran parte en nuestro idioma.

4 V. Denti, ***Processo civile e giustizia sociale***, Edizioni di Comunitá, Milano, 1971. Ulteriormente, en ***Un progetto per la giustizia civile,*** Il Mulino, Bologna, 1982, *passim; id., La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Il Mulino, Bologna, 1989, *passim*.

5 La idea del acceso a la justicia ha sido, sin duda, la bandera más significativa del movimiento de reformas por la amplitud de sus propuestas y la acogida que tuvo universal-

cho procesal a valores de libertad individual y de justicia social, a las exigencias y tendencias evolutivas que se expresan en las nuevas "ideologías" sociales, constitucionales, supranacionales y comunitarias del mundo contemporáneo.

a. La renovación metodológica (*factual approach*, análisis histórico-comparativo).

El enfoque metodológico pretende superar la dogmática tradicional, llevando la indagación a la denominada "política del derecho", es decir a las implicaciones sociales, ideológicas y *lato sensu* políticas del derecho y de las normas e instituciones[6]. En esa perspectiva, se resaltan los fundamentos metajurídicos -ideológicos- de las normas y de su interpretación, con el "compromiso" metodológico que asienta en el cuestionamiento frontal del tradicional método de estudio típicamente escolástico, dogmático y formalístico, que persigue la búsqueda de una ciencia "pura" e ideológicamente "neutral"[7]. En contraposición, se pro-

mente. *Infra* nota 16. Asimismo: M. Cappelletti, *L' accesso alla giustizia e la responsabilitá del giurista nella nostra epoca*, en ***Studi in onere di Vittorio Denti***, Cedam, Padova, 1994, v.I, p.263. Para Denti, el aparato garantizador de justicia, característico de los Estados modernos, tienen un significado y un valor solamente para aquellos sectores que son naturales destinatarios del orden a cuyo mantenimiento el proceso, que es una forma de alienación en el sentido marxista, está establecido. Contra esa realidad se enfrentan las tentativas que apuntan a resolver el problema del acceso a la justicia en el mundo contemporáneo, que inicialmente se ha presentado en dos flancos especialmente sensibles: la asistencia jurídica a los no habientes y la tutela de los intereses colectivos (*Un progetto...*, ***op. cit.***, pp.125-128; 161 y ss.; 187 y ss.).

6 M. Cappelletti, **Proceso, ideologías, sociedad**, ***op. cit.***, Introducción, p. IX-XVII; *id., "Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad"*, **Jus, Rev. Juríd.**, La Plata, 1988, n°39, p.6*; id., L' accesso alla giustizia e la responsabilitá...*, ***op. cit.***, pp.265-271. Conf. allí la referencia a Denti V., *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo*, en ***Riv. critica del diritto privato***, 1986, pp.469-482. Como afirmaba Calamandrei, el trabajo de los estudiosos es hecho "no para servir el gusto arquitectónico de las abstractas conclusiones sistemáticas, sino para servir en concreto a la justicia". De ahí que la necesidad de dar un nuevo curso a los estudios sobre la justicia civil, a través de propuestas comprometidas con tal exigencia (Denti V., ***Un progetto...***, ***op. cit.***, p.11). Para la evaluación de los estudios procesales en Alemania, en el mismo sentido, a partir del "constructivismo" sistemático de la pandectística y las actuales tendencias superadoras: Walter G., *Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costructivismo all'apertura internazionale*, ***Riv. Dir. Proc.***, 1998, n°1, pp.36 y ss.

7 El dogmatismo jurídico -expresa Cappelletti- ha sido una forma degenerativa del positivismo jurídico, que ha llevado no solamente a una simplificación irreal del derecho, reducido a su aspecto normativo -*ius positum*- descuidándose así los otros no menos esenciales

pugna una concepción del derecho como fenómeno social y, en consecuencia, la ciencia jurídica como ciencia sociológico-valorativa; una ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas, de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas, en fin de elecciones creativas y responsables y no de conclusiones automáticas. Los objetos de la indagación se afrontan no con el método abstracto-deductivo del iusnaturalismo tradicional, sino con el método realístico-inductivo superador de las "doctrinas de las geometrías" -como las denominaba Calamandrei- y de la pretendida pero mistificadora "neutralidad" o "pureza" de sus contenidos, en la que radica precisamente la ideología de la aceptación y de la conservación, que cuando se desentiende de las exigencias de su tiempo ya no es orden sino reacción.

b. La política judicial (y del derecho en general), los valores fundantes y el compromiso de los juristas.

El método de pensamiento y análisis jurídico no se limita, todavía, a problematizar las normas[8] e instituciones y su modo de operar, como meritoriamente lo han hecho las varias corrientes del pensamiento realista moderno[9], sino que introduce un cambio fundamental en la óptica de la contemplación de esos objetos. La traslada desde la perspectiva tradicional de los "productores" del sistema jurídico -jueces, abo-

elementos: sujetos, instituciones, procedimientos; pero ha llevado además a una igualmente perniciosa simplificación de los deberes y de las responsabilidades del jurista (*L' accesso alla giustizia e la responsabilitá ..., op. cit.*, p.265).

8 El aspecto normativo del derecho no está relegado, pero es visto como uno de los elementos, y ni siquiera el más importante, dado que preeminente son las personas (con todas sus peculiaridades culturales, económicas, sociales), las instituciones, los procesos, a través de los cuales el derecho vive, se forma, se desenvuelve y se impone. Además, el derecho está visto no ya como sistema separado, autónomo, sino como parte integrante de un más complejo ordenamiento social, donde no puede ser artificialmente aislado de la economía, de la moral, de la política. Es la concepción "contextual" del derecho (M. Cappelletti, *L' accesso a la giustizia e la responsabilitá ..., op. cit.*, p.270).

9 Las corrientes de pensamiento conocidas como "jurisprudencia de intereses" y "realismo jurídico", han rebatido el conceptualismo abstracto y formalístico de la jurisprudencia dogmática. Sin embargo, el realismo jurídico ha desembocado en el llamado "excepticismo normativo", traducido a menudo en escuelas de pensamiento exageradas -"deconstruction del derecho", *total indeterminacy, critical legal studies, law and economics* (M. Cappelletti, *L' acceso alla giustizia e la responsabilitá..., op. cit.*, pp.266-269, con amplia bibliografía).

gados- a la de los "consumidores", usuarios, y sus consecuentes demandas y reclamos, que es la que mejor consulta las exigencias de una sociedad democrática, libre y abierta, en la que los productores y los servicios deben organizarse con el objetivo de satisfacerlas. Lo cual es como decir que el derecho y el Estado deben ser finalmente vistos como lo que son: como simples instrumentos al servicio de los ciudadanos y de sus necesidades, y no a la inversa[10].

El jurista tiene el deber científico a más de moral de centrar su labor investigadora en las exigencias sociales y materiales de su época, máxime en tiempos como los nuestros de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, y que por ello mismo se patentiza dramáticamente la necesidad de llegar al fondo de la cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas adecuadas, para la construcción de un sistema nuevo más realista y más humano[11]. Es en este terreno donde se enfatiza la importancia decisiva del análisis comparativo -método fenomenológico comparativo-[12].

3. Las grandes tendencias evolutivas del derecho y la justicia: constitucional, social, transnacional.

El análisis bajo ese prisma de las grandes tendencias evolutivas de los

10 M. Cappelletti, "Acceso a la Justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)", **Rev. Col. Abog. La Plata**, 1981, N°41, pp.167-170, trad. G. Seminara.

11 M. Cappelletti. **Proceso, ideologías, sociedad**, cit., Introducción, pp.IX-XII. La teoría no es sino estéril documentación -o crociana "crónica, no historia"- si no se convierte ella misma en matriz de acción: los juristas, como los filósofos de Marx, no tienen sólamente la tarea de interpretar el mundo, sino también la de transformarlo (...). El jurista verdadero es el que coloca su investigación al servicio de la solución de los problemas concretos (***op. cit.***, p.XIV). Conf.: V. Denti. ***Un progetto...***, ***op. cit.***, *passim*.

12 El método comparativo se atiene a la realidad de los datos y ofrece, no obstante, la posibilidad de una valoración no meramente subjetiva de las soluciones adoptadas por los varios ordenamientos, a la luz de la objetiva eficacia en la resolución de los problemas sociales en vista de los cuales han sido proyectados (M. Cappelletti. ***L'accesso a la giustizia e la responsabilitá...***, ***op. cit.***, p.272). Las finalidades que persigue el comparatista se reducen a tres: a) la comparación como instrumento de *política del derecho*; b) como *investigación de historia del derecho*; y c) como *análisis estructural del derecho* (V. Denti. *Un progetto...*, ***op. cit.***, pp.23 y ss.. Conf. G. Walter. ***op. cit.***, donde se destaca la evolución de la doctrina procesal alemana que, superando la comparación "constructivista" sistemática, derivó hacia la utilización como método e instrumento de la política del derecho (p.50).

ordenamientos jurídicos contemporáneos, revela tres fundamentales movimientos de acción y de pensamiento, que constituyen otras tantas "dimensiones" del derecho y la justicia[13]. En primer lugar, la dimensión constitucional, empeñada en la búsqueda de ciertos valores fundamentales que emergen crecientemente con fuerza de *lex* superior, a través de procedimientos y jurisdicciones constitucionales ampliamente difundidos desde el fin de la última gran conflagración mundial[14]. En paralelo, la dimensión transnacional, que implica la tentativa de superar los rígidos criterios de las soberanías nacionales, a partir de la creación de diversos núcleos de una *lex universalis* (declaraciones de derechos, *bill of Rights*, tendencialmente universales) y una jurisdicción transnacional[15]. Finalmente, la dimensión social del derecho y la justicia, resumida en el programa del acceso a la justicia[16]. La dimensión

13 M. Cappelletti. "*Appunti per una fenomenología della giustizia nel XX secolo*", en ***Studi in on. di E.T. Liebman***, Milano, Giuffré, 1979, v.I, p.153 y ss.; *id.*, "*Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and Social Trends*", en 25 ***Stanford Law Rev.***, 1973, pp.651 y ss., 715; *id.*, Acceso a la justicia (como programa de reformas...), ***op. cit.***, pp.153-158.

14 M. Cappelletti. **Jurisdicción constitucional de la libertad**, Imprenta Universitaria, México, 1961, trad. H. Fix Zamudio; *id.*, en **Proceso, ideologías, sociedad**, *op. cit.*, p.453; *id.*, **El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado**, UNAM, México, 1966, trad. C. Gómez Lara y H. Fix Zamudio; *id.*, **La Justicia Constitucional (estudios de derecho comparado)**, U.N.A.M., México, 1987, que incluye varios estudios sobre el tema.

15 M. Cappelletti. "Justicia constitucional supranacional", en **La justicia constitucional...**, ***op. cit.*** p.213, trad. L. Dorantes Tamayo; *id.*, *L'acceso alla giustizia e la responsabilita...*, ***op. cit.***, pp.289-292. Entre sus últimos aportes: "Evolución de Europa". **Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires**, 2a. época, n°31, 1993 (anticipo), trad. G. Tempesta.

En el trámite hacia la apertura internacional del proceso común, los objetivos se centran al presente en la elaboración de las líneas fundamentales de un *ius comune* de un derecho procesal universal, sustentado en la coordinación y la armonización de las legislaciones nacionales. Empeño grandioso que convoca en estos tiempos a los procesalistas. Conf.: G.Walter. ***op. cit.***, p. 52. Sobre los recientes proyectos "*Storme*" y "*Hazard-Taruffo*", éste último concebido como "un código de proceso civil mundial", puede verse del mismo profesor de la Universidad de Berna (G. Walter.): "*Aspetti internazionali del diritto processuale*", **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, 1996, pp.1162 y ss..

16 Es ampliamente difundida la vasta investigación conocida como Proyecto de Florencia, dirigida por Cappelletti, que rematara en la publicación de cuatro volúmenes en seis tomos, y en la cual participaran un centenar de expertos (juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politólogos y psicólogos) de los cinco continentes: M. Cappelletti (gen. editor), ***The Florence Access to Justice Project***: vol.I (Books I and II), M. Cappelletti y B. Garth (eds.), ***Access to justice: A world survey***, Milano y Alphen aan den Rijn (Holand), 1978; vol.II (Books I and II),

social representa la tentativa de responder al problema y la crisis derivadas de las profundas transformaciones de las sociedades industriales y post-industriales modernas, en las cuales la petición de justicia adquiere un sentido cada vez más decididamente de petición de igualdad no sólo formal, sino real y efectiva igualdad de posibilidades. El problema del acceso se presenta bajo dos aspectos principales: por un lado, como efectividad de los derechos sociales, que no tienen que quedar en el nivel de declaraciones meramente teóricas sino que deben efectivamente influir en la situación económico-social de los miembros de la sociedad; por otra parte, como búsqueda de formas y de métodos, a menudo nuevos y alternativos a los tradicionales, por la racionalización y el control del aparato gubernamental y por consiguiente para la protección contra los abusos a que el mismo puede dar lugar, directa o indirectamente[17]. En una primera etapa se centró el interés en el debate sobre los obstáculos económicos, los costos del proceso y el sistema de asistencia jurídica a los pobres[18]; luego se focalizó la defensa de los intereses colectivos o difusos[19], para superar los obstáculos organizativos

M. Cappelletti y J. Weisner (eds.), ***Access to Justice: Promising Institutions***, Milano y Alphen aan den Rijn, 1978-79; vol. III, M. Cappelletti y B. Garth (eds.), ***Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives***, Milano y Alphenaan den Rijn, 1979, vol. IV, K. F. Koch (ed.), ***Access to Justice: The Anthropological Perspective***, Milano y Alphen aan den Rijn, 1979. Una síntesis comparativa está constituida por la relación general de Cappelletti y Garth, publicada en vol. I, Book I, pp.1-124 con el título ***Access to Justice: The Worlwide Movement to Make Rights Effective***. La primer versión castellana de ésta última, traducción de S. Amaral, fue ***El acceso a la Justicia***, ed. Col. Abog. La Plata, 1983, con presentación de R. O. Berizonce. Complementariamente el volumen M. Cappelletti (ed.), ***Access to Justice and the Welfare State***, Alphen aan den Rijn Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981, recoge las relaciones de algunos eminentes expertos europeos y norteamericanos sobre las tres grandes "oleadas" del movimiento de reforma por el acceso a la justicia, con su evaluación de los resultados de toda la investigación. Un amplísimo catálogo de obras recordadas por su contribución a estas ideas se incluye en la referida monografía de Cappelletti, **El acceso a la Justicia (como programa de reformas...)**, ***op. cit.***, pp.155-158.

17 M. Cappelletti M., Acceso a la reforma (como programa de reformas...), ***op. cit.***, pp.159-160; *id.*, ***L'accesso alla giustizia e la responsabilitá...***, ***op. cit.***, pp.273-274.

18 M. Cappelletti y B. Garth., **El acceso a la justicia**, ***op. cit.***, pp.39-58. V. Denti. "*Accesibility of Legal Procedures for the underprivileged: Legal Aid and Advice*", en ***Towars a Justice with a Human Face***, M. Storme and Casman ed., Antwerpen/Deventer, Kluwer, 1978, p.168; *id.*, ***Processo civile e giustizia sociale***, ***op. cit.***, p.31-52; *id.*, *Un progetto...*, ***op. cit.***, pp.133-159; 161-185.

19 M. Cappelletti y B. Garth, *ob. cit.*, pp.58-84; M. Cappelletti, ***L'accesso alla giustizia e la responsabilitá...***, ***op. cit.***, pp.278-283. Los aportes de Denti fueron igualmente trascendentes:

especialmente en relación a los consumidores y usuarios; y, por último, como concreción de todo lo anterior, la concepción de un vasto programa de reformas del funcionamiento del sistema judicial y más genéricamente del aparato de justicia[20]. Empeño de grandiosas proyecciones entre cuyos fines, entre otros, se destacan: 1) el de adoptar procedimientos más accesibles en cuanto más simples y racionales, más económicos, eficientes y especializados para cierto tipo de controversias; 2) el de promover y hacer accesible un tipo de justicia diferenciada, definido como "coexistencial"; 3) el de someter la actividad pública a formas, a menudo nuevas y de cualquier manera más ensanchadas y accesibles, de control y, en general, de crear formas de justicia más accesibles en cuanto más descentralizadas y "participatorias"[21]. Es así como se estudian los medios alternativos para la resolución de conflictos, los procedimientos y órganos especiales para atender litigios de particular "importancia social", tribunales para resolver asuntos de menor cuantía y de vecindad, para las demandas de los consumidores, la tutela del ambiente, las transformaciones en la condición de los operadores jueces (jueces legos, auxiliares "cuasiprofesionales"), abogados especializados, etc[22].

4. Proyecciones y perspectivas al cierre del milenio.

El vastísimo programa propuesto, que hemos dejado tan sólo esbozado, con el rico repertorio de las ideas que le acuerdan sustento y los requerimientos sociales igualmente complejos y variables a los que se brinda respuesta desde el movimiento universalmente conocido como el "acceso a la justicia", han servido y alentado en las últimas tres décadas innumerables avances en el plano de la teoría procesal en general - y aún en otras diversas disciplinas jurídicas, como el derecho constitucional y el derecho internacional privado- y especialmemente, en el diseño de las políticas judiciales y su concreta implementación.

---

20 M. Cappelletti y B. Garth, *ob. cit.*, pp.84 y ss.. M. Cappelletti, ***L'accesso alla giustizia e la responsabilitá...***, *op. cit.*, pp.283-286.

21 M. Cappelletti, **Acceso a la Justicia (como programa de reforma...)**, *op. cit.*, pp.184-187.

22 M. Cappelletti y B. Garth., *op. cit.*, pp.91-98; 101-105; 105-126; 126-134; 134-158; 162-164. M.Cappelletti, ***L'accesso alla giustizia e la responsabilitá...***, *op. cit.*, pp.283.

Sería ilusorio el intento de cualquier inventario, siquiera parcial y siempre subjetivamente estrecho, de tales adelantos y logros. Lo que se ha verificado de modo objetivo es la amplia adhesión que recibiera en el mundo jurídico contemporáneo y la receptividad que, en medida no desdeñable, ha derivado de la implementación, en las distintas latitudes, de muchas de las reformas propuestas[23].

De todos modos ilustran acabadamente sobre las proyecciones en el terreno teórico de la ciencia procesal, ahora con ensanchados contenidos y extendidas fronteras, los laboreos de los cultores de la disciplina volcados en debates y discusiones en los encuentros, jornadas y congresos internacionales celebrados en los últimos cinco lustros. Particularmente, a partir del que tuviera por escenario a Gante (Bélgica, 1977), y en los sucesivos de Würzburg (Alemania, 1983), Utrecht (Holanda, 1987), Coimbra-Lisboa (Portugal, 1991) y Taormina (Italia, 1995), sin olvidar el congreso extraordinario de Bologna (Italia, 1988). Un ligero recorrido por las temáticas de cada uno de esos significativos encuentros, resulta suficiente para avizorar cuáles son las banderas, ideas-fuerza emblemáticas y cuestiones que acaparan el interés de los cultores de la disciplina en los tiempos finiseculares. Ya la convocatoria de Gante contenía una definición valorativa que marcaba un rumbo y una postura jurídica y ética: *Towards a Justice with a Human Face* (Hacia una Justicia de rostro más humano)[24]. La humanización del proceso[25] fue uno de los capítulos centrales de las discusiones. El siguiente encuentro de Würzburg estuvo dedicado a la efectividad de la protección judicial y del orden constitucional; bajo el primer aspecto se examinaron tópicos como la organización de los servicios de asistencia jurídica para los carentes de recursos, el derecho a la prueba y la pericia técnico-científica, la conciliación, los procedimientos no contenciosos, la independencia judicial, los conflictos y tribunales de familia. También vinculado con la efectividad de la tutela jurisdiccional de los nuevos derechos, se estudiaron las diversas formas de protección de los intereses

23 La propia investigación constituída por el denominado Proyecto de Florencia, de mediados de los '70 y las evaluaciones y trabajos posteriores, mencionados *supra* en nota 16, dan cuenta de los múltiples avances en la concreción de las ideas maestras.

24 ***Towards a Justice with a Human Face***, edit. M. Storme y H. Casman, Antwerpen/ Deventer, Kluwer, 1978.

25 La relación general sobre el tema estuvo a cargo del Prof. de Valencia, V. Fairen Guillén, **La humanización del proceso**, ***op. cit.***, pp.186 y ss..

colectivos o difusos, en conexión con la dimensión social. Sin descuidarse los enfoques metodológicos, a través del estudio de la contribución de la sociología del derecho a la reforma procesal[26]. En 1987 la convocatoria se hizo bajo el lema Justicia y eficiencia, para tematizar el más efectivo acceso a los tribunales, en el marco de la crisis del Estado social; así, a través de nuevos mecanismos o procedimientos de solución de los conflictos, v. gr., el arbitraje, las vías administrativas, las alternativas informales, el *managing* en la administración de la sobrecarga tribunalicia[27]. En la cita ulterior (Portugal, 1991) se focalizó el papel y organización de los magistrados y abogados en las sociedades contemporáneas, debatiéndose entre otros tópicos la organización, independencia y responsabilidad de los jueces, la ética profesional, los poderes del juez y el "activismo" judicial, el entrenamiento y capacitación de unos y otros, al igual que otras cuestiones relativas a la organización de los procedimientos, tales como la participación de los legos, los procesos complejos, el razonamiento en la formación de la sentencia colegiada[28]. Finalmente, el congreso internacional de Taormina estuvo dedicado a los aspectos transnacionales de la ley procesal. La próxima convocatoria, la última de este siglo, en Viena, Austria (1999) anuncia bajo el lema la ley procesal en los albores del nuevo milenio, entre otros tópicos los referidos a la aplicación de los avances tecnológicos en el proceso civil, reducción de la duración y los costos del proceso, armonización y uniformación de la ley procesal, tendencias recientes en la posición del juez y del abogado, la educación legal. Los estudiosos de la moderna ciencia procesal afrontan y están avocados, de ese modo, universalmente, a brindar respuesta a los desafíos siempre latentes de estructurar en los moldes teórico-dogmáticos y sobremanera en su concreción práctica, las transformaciones que el sistema de justicia exige[29].

26 *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäBige Ordnung*, ed. W. J. Habscheid, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983.

27 *Justice and Efficiency, VIII World Congress on Procedural Law*, Kluwer, 1988. M. Cappelletti, *Algunas reflexiones...*, *op. cit.*, donde se destacan los avances de este Congreso y de los anteriores.

28 *Papel e organizaçâo de magistrados e advogados nas sociedades contemporâneas, IX Congresso Mundial de Direito Judiciário*, ed. A.M. Pessoa Vaz, Coimbra, 1995.

29 M. Cappelletti, **Algunas reflexiones...**, *op. cit.*.

La doctrina nacional no ha sido ajena a todo ese revulsivo movimiento de las ideas. Por citar tan sólo algunos hitos: la temprana y anticipatoria producción colectiva La justicia entre dos épocas[30]; sus proyecciones en la dimensión social[31] y transnacional[32] y, lo que seguramente constituye la obra más acabada en la que se reflejan las múltiples facetas del más lúcido pensamiento procesal contemporáneo, en proyección hacia el próximo milenio, los Estudios de Derecho Procesal del maestro A.M. Morello[33].

El vigoroso y comprometido mensaje de Cappelletti, el gran vanguardista cuyo pensamiento preclaro ilumina desde "sus laberintos de tinieblas"[34] éstos por tantas razones complejos e inextricables tiempos finiseculares, tiene asegurada duradera y fructífera continuidad en todas las latitudes. Parece claro que los cultores de la ciencia procesal han comprendido y asumido definitivamente aquella vieja enseñanza de Calamandrei: "...ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos jurídicos, políticos y morales, del problema central de la sociedad humana, que es el problema de la conciliación de la libertad con la justicia"[35].

30 A. M. Morello, R.O.Berizonce, J.C. Hitters y C.A. Nogueira, **La Justicia entre dos épocas**, L.E.P., La Plata, 1983.

31 R.O. Berizonce, **Efectivo acceso a la Justicia**, con prólogo de M. Cappelletti, L.E.P., La Plata, 1987.

32 J.C. Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, Bs.As., 1993, v.I y II. G.L. Sosa., **El Derecho Internacional Privado Interamericano y el derecho de la integración**, Ed. Tercer Milenio, Bs. As., 1996.

33 A.M. Morello, **Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas**, L.E.P.-Abeledo Perrot, La Plata Bs.As., v.I y II, 1998.

34 A.M. Morello, **Reencuentro con Mauro Cappelletti**, ed. Fundación Jus, La Plata, 1998, p.5.

35 P. Calamandrei , **Proceso y justicia, en Estudios sobre el proceso civil**, EJEA, Bs.As., 1962, trad. S. Sentis Melendo, v.III, p.219.

El control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI

Aníbal Quiroga León[1]

1. Introducción

Las leyes que regulan y protegen en la normatividad jurídica vigente en el Perú la "libertad de mercado" y las reglas de la "libre competencia" recusan drásticamente la imposición de "barreras burocráticas" irracionales o ilegales. Ello aparece claramente sancionado en el actual texto del Art. 26° BIS del Decreto Ley N° 25868, "Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual" (Ley del INDECOPI), y los problemas referidos a los alcances normativos e interpretativos que este numeral trae en conjunto con el Art. 50° del D. Leg. N° 807 (D. Leg. ampliatorio de facultades), que le fue adicionado el 18 de abril de 1996.

La norma legal bajo análisis señala a la letra que:

> "Art. 26° BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso en el ámbito municipal o regional, **que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agen-**

1 Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la PUCP del Perú. Ex-Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ex-Profesor de la Maestría en Derecho Empresarial de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima. Abogado en ejercicio.

tes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2°, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso que presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior." (las letras en negritas son nuestras).

Ello, en la estructura del INDECOPI, es labor fundamental de la Comisión de Acceso al Mercado (CAM) en una primera instancia, y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (TDCPI) en una segunda y definitiva instancia administrativa. De allí, lo será del Poder Judicial solo si el administrado afectado desea recurrir a la acción de control constitucional del Poder Judicial sobre los actos particulares de la administración pública denominada **Acción Contenciosa Administrativa,** y que se halla contenida en el Art. 148° de la Constitución Política del Estado.

Vamos a desarrollar en las siguientes líneas ocho criterios procurando establecer cierta sistematicidad lógica en su formulación, de manera

que el lector pueda seguir el desarrollo de este trabajo en un orden que permita hacer más claro lo que se pretende apuntar, a título de esbozo de contribución a una discusión mayor, ciertamente más rica y amplia, y que necesariamente escapa a los límites del presente enunciado.

2. Análisis

Primero: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los actos de la Administración Pública en materia administrativa, en materia legislativa y en materia jurisdiccional?

La Administración Pública es una de las actividades del Estado de Derecho basado en una Constitución en la que los diversos órdenes competenciales son determinados con mayor o menor claridad, distribuyendo el ejercicio legítimo del Poder Político. En eso es célebre la definición de Kaegi[2], quien ha señalado que "La Constitución jurídica transforma el desnudo poder político en legítimo poder jurídico".

En el mundo contemporáneo no queda duda que el Ejecutivo es el órgano del Estado que tiene la mayor responsabilidad en la Administración Pública. El Legislativo tiene la mayor responsabilidad en la actividad legislativa y en el control de los actos del Estado. Y el Poder Judicial tiene la mayor responsabilidad en la actividad jurisdiccional del mismo Estado.

A lo anterior se le debe agregar la realidad y funcionamiento de diversos órganos constitucionales autónomos e independientes que, perteneciendo igualmente al Estado, no se insertan en ninguna de sus tres principales manifestaciones (Ejecutiva, Legislativa y Judicial), pero que pueden ser más o menos cercanas o afines a unas u otras. Para ello, baste citar, por ejemplo, el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, etc.; y que han de realizar -como todas las manifestaciones del Estado-, sea lo principal o no, igualmente tareas legislativas, administrativas y jurisdiccionales en sus respectivos ámbitos de competencia y dentro de sus respectivas limitaciones constitucionales.

2 Kaegi; cit. por Carla Pegorari Rodríguez. **La Interpretación Constitucional**; Tesis, Fac. Der. Puc; Mimeo, Lima, 1988.

Lo anterior reposa en una bien conocida **Teoría de Separación de los Poderes** que la unánime doctrina del Derecho Constitucional ha atribuido a Carlos María de Secondat, Barón de Montesquieau[3], y a quien siguiera J.J. Rousseau, y que ahora se halla reformulada por la pacífica teoría del control inter-órganos e intra-órganos de Karl Loewenstein[4], bajo la idea aristoteliana de que "sólo el poder controla al poder", por lo que el poder absoluto previo a la conformación de Estado de Derecho se diluía con su división absoluta y el establecimiento de mecanismos de controles de sus partes entre sí ("pesos y contrapesos"; "*checks and balances*", etc.).

En consecuencia, al margen de la tarea primordial que tenga designado realizar por la Constitución un determinado órgano del Estado, es obvio que también realiza las otras dos atribuciones de modo claro. Nos explicamos: si bien, por ejemplo, el Poder Judicial juzga, también habrá de administrar su propia realidad generando actos administrativos de orden particular, y también habrá de legislar mediante actos administrativos de carácter general. En el primer caso, estos actos administrativos particulares no pueden superar su ámbito de competencia, y deben realizarse en el marco de la normatividad genérica de la administración pública (y no mediante las leyes que le permiten juzgar los casos jurisdiccionales), y los actos legislativos no podrán tener rango normativo ni formal de ley de la República, pero representan un contenido material de ley y se insertarán dentro del ordenamiento jurídico con su respectiva jerarquía por debajo de las leyes y sujetas al control legislativo que la Constitución establece. Del mismo modo, es indudable que el Congreso Nacional tiene por principal atribución la generación, control e interpretación legislativa, pero no es menos cierto que dentro de su ámbito de competencia también genera actos administrativos de carácter particular (por ejemplo una licencia, la administración de su presupuesto, de su personal, determinación de sanciones y responsabilidades, etc., de modo acorde con la normatividad

3 Barón de Montesquieau. ***Esprit des Lois***; 1, Cap. VI. "*Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'executive*"; cit. por Aníbal Quiroga León: "Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: **La Constitución Diez Años Después**; Inst. Const. & Soc., y Fund. Naumann, Lima, 1989.

4 Karl Loewenstein. **Teoría de la Constitución**; 2da. Ed., Barcelona, 1970; cit. por Eduardo García de Enterría. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**; Ed. CIVITAS, 3era. Ed., Madrid, 1985.

genérica del Estado), sino que también contendrá una tarea jurisdiccional en los procesos administrativos que lleve a cabo o en los procesos de control político que la carta constitucional le faculta expresamente (por ejemplo, el antejuicio político que regula los Arts. 99º y 100º de la Constitución Política del Estado).

Por ello mismo, resulta incuestionable que la administración pública tiene por finalidad esencial ejecutar actos y hechos de la administración, mediante los actos jurídico-administrativos de efectos particulares, o mediante los hechos administrativos discrecionales con trascendencia jurídica (decisiones de la autoridad administrativa); y al mismo tiempo tiene una labor legislativa "derivada" al poder expedir actos administrativos de alcance general (reglamentos) con contenido material de ley e insertos en el ordenamiento jurídico, dentro del rango legislativo que le corresponda en la pirámide jurídica kelseniana. Asimismo, tiene una facultad jurisdiccional administrativa en los procesos administrativos que lleva de acuerdo con sus diversos órdenes competenciales, pudiendo hablarse de una "justicia (o jurisdicción) administrativa", sólo que ésta siempre estará bajo el control del Poder Judicial mediante la Acción Contencioso Administrativa que prevé el Art. 148º de la Carta Constitucional de 1993, salvo en las muy contadas excepciones referidas a los "casos políticos no judiciales".

Por jurisdicción puede hablarse, desde la Teoría General del Proceso[5], en una doble acepción: en sentido lato[6] y en sentido estricto[7]. La gran diferencia radica, en puridad, en que la jurisdicción que no es la del Poder Judicial (la administrativa, la privada, la arbitral, la asociativa, la política, etc., con excepción de la jurisdicción militar por expresa previsión constitucional, Art. 139º, Inc. 1ero., 2do. parágrafo) normalmente se encuentra sujeta al posterior control judicial (con las ya ano-

5 Aníbal Quiroga León. "Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal: a propósito de la Ciencia del Proceso"; Rev. **Derecho** No. 40, Fac. Der. PUC, Lima, 1986.

6 Su definición sería: "Por jurisdicción (*iuris-dictio*=decir derecho) puede entenderse toda declaración de derecho que se hace en nombre del Estado en una caso concreto para la determinación de un conflicto o de incertidumbre de derecho entre sí y los particulares, o entre los particulares entre sí."

7 Su definición sería: "Por jurisdicción (*iuris-dictio*=decir derecho) debe entenderse la posibilidad del Poder Judicial, en nombre del Estado, de decir el derecho que corresponda en un caso concreto en la determinación de un conflicto o de incertidumbre de derecho entre los particulares, o entre los particulares y el Estado por medio dela Administración Pública."

tadas excepciones de los llamados casos "no judiciables" básicamente referidos a excepcionales decisiones políticas o de política exterior que no pueden, por su naturaleza, ser materia de controversia ante un Estrado Judicial); en tanto que la jurisdicción del Poder Judicial no es recontrovertible por ser terminal y, por ende, es la única que genera el efecto y la cualidad de la **Cosa Juzgada** (***res iudicata***), también por expreso mandato constitucional[8].

En consecuencia, nada obsta para que la Administración Pública realice una tarea verdaderamente jurisdiccional en el orden administrativo; esto es, conozca de una controversia concreta entre su realidad administrativa y los particulares, o entre particulares arbitrando una controversia entre éstos, interprete y aplique el derecho pertinente a dicho caso concreto tal como lo haría cualquier juez (no hay diferencia sustancial entre una y otra actividad), con las mismas facultades, alcances interpretativos y de aplicación de la ley sustantiva y procesal[9].

Segundo: Concepto de Administración Pública como sujeto activo de la conducta que genera la "barrera burocrática".

El concepto de administración pública, como se ha señalado en las líneas precedentes, está referido a las atribuciones que la Constitución confiere a los diferentes órganos que la conforman, sin distinguir en ello el nivel que tengan dentro de la jerarquía o niveles de órganos de la administración pública, o del órgano del Estado de la que provengan las diversas actividades administrativas.

Una de las manifestaciones de la función de la administración pública se da a través de los actos administrativos; esto es, los actos jurídicos de la administración pública (a diferencia de los denominados "hechos de la administración"), las declaraciones de voluntad unilaterales tomadas por cualquiera de los órganos y organismos que confor-

8 La cualidad que la doctrina de la Teoría General del Proceso le reconoce a la cosa juzgada (*res iudicata*) se define en tres aspectos: su **inimpugnabilidad**, su **inmutabilidad** y su **coercibilidad**; atributos de los que no goza, normalmente, una decisión de la justicia administrativa. Ver Aníbal Quiroga León. **Las Garantías Constitucionales** (...); *Op. cit.*

9 En realidad la única tarea que no le está facultado a aquel Juez que no sea del Poder Judicial (administrativo, privado, político, etc.) es la de realizar la función del control judicial de las leyes, que prevé la concordancia de los Arts. 138°, 2da. Parte, de la Constitución, y el Art. 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **potestad restringida de modo exclusivo y excluyente para los Jueces del Poder Judicial.**

man la administración pública, y que suponen que ésta sea el sujeto activo de lo que determine por el sólo hecho de ser el ente que se encarga de manifestar la voluntad del Estado respecto a situaciones diversas, ya sean de carácter general o de carácter particular.

La administración pública es siempre el sujeto activo de los actos administrativos, pues será ella la que otorgue y traslade hacia los ciudadanos, y hacia los demás órganos del Estado, la manifestación de voluntad del Estado válidamente determinada por el orden competencial que la sustente; manifestación que produce efectos subjetivos puesto que tiene consecuencias en los sujetos (incluyendo en ello los otros órganos del Estado que para este efecto son también "sujetos"), no importando que estemos ante un acto administrativo de carácter general o de carácter particular.

La emisión de un acto administrativo supone muy claramente que los órganos de la administración pública, en ejercicio de las facultades que les confiere la Constitución y el TUO de la Ley General de Procedimientos Administrativos, están ejerciendo la jurisdicción administrativa, entendida ésta dentro de los alcances de lo expuesto líneas arriba.

La jurisdicción administrativa es entonces la facultad de todo órgano que es parte de la administración pública de "decir derecho" a un caso concreto de orden administrativo con efectos intersubjetivos (interpartes), lo que requiere que el órgano emisor del acto administrativo, luego de apreciar el hecho que será materia de la declaración que se expida, sea interpretado dentro de los alcances de las normas legales vigentes y se sancione como legal o no. No es ajena a la jurisdicción administrativa la interpretación de las normas que deberá aplicar, bajo cualesquiera de los métodos que la hermenéutica jurídica reconoce[10], aplicar analogías, cubrir deficiencias o defectos en la ley frente a la resolución de casos concretos e, inclusive, hacer interpretaciones integradoras frente a los vacíos y lagunas normativas, respetando sin duda los principios generales del derecho y los presupuestos y presunciones jurídicas que el ordenamiento jurídico reconoce, admite y aplica diariamente. No obstante lo anterior, debemos dejar plenamente esta-

10 Francesco Messineo. **Conocimiento, Interpretación e Integración de las normas jurídicas de derecho**; Mimeo, Sep. Fac. Der. PUC del Perú; Lima, 1977; cit. por Carla Pegorari Rodríguez. **La Interpretación Constitucional**; *Op. cit.*

blecido que la facultad de inaplicación de las normas legales por colisión constitucional ("*judicial review*" o "control judicial de la constitucionalidad de las leyes") se encuentra exclusivamente reservada de modo restrictivo a los jueces del Poder Judicial y sólo en el ejercicio de la función jurisdiccional -entendida en su sentido estricto- y denominado por la doctrina constitucional como el **Control Difuso de la Constitucionalidad de las normas**, y que se halla contenido en el Art. 138°, 2da. parte, de nuestra Carta Constitucional.

Es la administración pública el sujeto activo de todas las declaraciones de voluntad que realiza y de la propia voluntad del Estado, y serán sujetos pasivos de la misma los ciudadanos ya sea de modo particular o de modo general, dependiendo la naturaleza del acto administrativo que se esté dictando, u otras entidades de la administración pública cuando estén: (a) en calidad de sujetos pasivos; y, (b) cuando ello se encuentra dentro del ámbito competencial del sujeto activo.

Por lo tanto, cuando el Art. 26° BIS de la Ley de INDECOPI se refiere a las "barreras burocráticas" que impidan u obstaculicen (ilegal o irracionalmente) el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, estas "barreras burocráticas" podrán estar contenidas, sin duda alguna, en los actos administrativos particulares o genéricos de la administración pública, o en los hechos de la administración, incluyendo en ello a las entidades o facultades administrativas municipales o regionales, que hace de esta administración pública, municipal o regional, verdaderos sujetos pasivos de esta norma legal y, por lo tanto, sujetos del control legal y legítimo de la CAM en lo que es materia de su competencia en la Ley de INDECOPI. Dicho de otro modo, no hay entidad de la actividad pública del Estado, incluyendo por cierto a la actividad municipal o regional que sin duda alguna pertenece igualmente al Estado, que se halle exenta del control de la CAM siempre y cuando esta actividad presente en sus actos administrativos, genéricos o particulares, incluyendo a los hechos de la administración, "barreras burocráticas" que son definidas por la propia Ley de INDECOPI como aquellas disposiciones de orden ilegal o irracional que tienen por consecuencia o finalidad (cualesquiera de ambas) impedir u obstaculizar el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, otorgándole preferencial atención por parte de la CAM a la pequeña empresa, por expreso imperio legal.

Tercero: ¿De quién sería la responsabilidad en el dictado de un Acto Administrativo que implique una barrera burocrática?

Un acto administrativo expresado por la autoridad administrativa -o un hecho de la administración-, tiene como sujeto activo como ya hemos señalado a la autoridad administrativa que lo emita, expida o ejecute; por ejemplo ¿qué sucede en el caso de una resolución administrativa de carácter particular emitida por la Dirección de Rentas de cualquier gobierno local que implique la transgresión de cualesquiera norma de nuestro ordenamiento legal negando o impidiendo el derecho de un ciudadano reclamante o sancionándole con la privación o restricción de un derecho?. El particular que de ese modo se vea afectado por tal resolución, luego de agotar la vía administrativa previa e interna como presupuesto de procesabilidad ineludible conforme lo reconoce la pacífica y unánime doctrina del Derecho administrativo, podrá acudir -sólo si lo desea- al Poder Judicial a fin de impugnar la mencionada resolución por medio de la acción de control judicial sobre los actos administrativos de efectos subjetivos particulares (a ello se refiere la Constitución cuando expresa **causar estado**) por medio de la Acción Contencioso Administrativa, conforme a la previsión del Art. 148° de la Constitución Política del Estado, obteniendo por medio de su petitorio la misma prestación que administrativamente le ha sido negada, sólo que esta vez a través de una sentencia judicial[11], y, por lo mismo, en uso del derecho de defensa y de la legitimación pasiva obligatoria (*litis*-consorte necesario) se deberá emplazar al órgano emisor de la resolución, es decir a la Dirección General de Rentas del Gobierno Local, y ésta luego de notificada será quien ponga en conocimiento de ello al Departamento Legal de la Municipalidad para que se pueda defender conforme a lo dispuesto en la ley.

Si aplicamos lo señalado en el punto anterior a los casos materia de la consulta, llegaremos a la conclusión de que el emplazado por la CAM del INDECOPI, en un supuesto de emisión de un acto administrativo que constituya una barrera burocrática, deberá necesariamente ser el órgano emisor del acto administrativo como sujeto pasivo (*litis*-consor-

11 De allí que la Acción Contencioso Administrativa se defina en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional como una acción de control del Poder Judicial sobre la actividad administrativa de la Administración Pública, en actos y hechos administrativos de efectos intersubjetivos.

te necesario) que habiendo sido emplazado por generar la barrera burocrática, debe ser materia de control por parte de la CAM dentro de los alcances de su competencia expresamente prevista en el texto de la ley; sea este un órgano dependiente o no de otro de mayor jerarquía, centralizado o descentralizado.

La CAM, en todo caso, dentro de los límites de su competencia administrativa legislativamente desarrollada, será sujeto de derecho público con interés en aquellos procesos administrativos en los cuales se esté resolviendo causas en las que se estén viendo materias relativas a las de la comisión, y podrá apersonarse a las mismas a fin de intervenir como el órgano encargado del control de la no imposición de "barreras burocráticas" que afecten el desarrollo del libre mercado; pudiendo participar como un tercero legitimado coadyuvante del particular que se pudiere ver afectado o beneficiado por la imposición de las "barreras burocráticas".

Como ya señaláramos en puntos anteriores, los actos administrativos pueden ser de dos tipos: (a) aquellos que tienen efectos particulares y sobre los cuales nos hemos referido en el punto anterior; y, (b) aquellos que tienen efectos generales, de efectos normativos, generales, tales como decretos supremos reglamentarios, resoluciones supremas de efectos generales, resoluciones ministeriales, resoluciones directorales, subdirectorales, etc., es decir, todos aquellos actos administrativos destinados a generar una normatividad genérica y que no contengan un acto administrativo de efectos intersubjetivos, es decir, que sean leyes en sentido material, aunque no lo sean en sentido formal, según la muy conocida diferenciación de Karl Loewenstein[12]; esto es, verdaderas normas legales en sentido material y que por ello son denominadas por la doctrina como de legislación derivada o leyes ejecutivas emanadas de la administración pública.

La doctrina constitucional y la legislación constitucional peruana facultan también al Poder Judicial a ejercer el control de la legalidad y constitucionalidad de las normas reglamentarias y, en general, de legislación derivada de la administración pública (cualquiera sea el órgano u origen de su emisión), mediante la Acción Popular, acción judicial de control de los actos normativos del Poder Ejecutivo (y de la adminis-

12 Karl Loewenstein. *Op. cit.*

tración pública, o de las manifestaciones administrativas en general de cualquiera de los órganos del Estado); y que se encuentra contenida dentro del Art. 200º, Inc. 5to., de la Constitución Política de 1993 -no obstante no ser técnicamente una Garantía Constitucional como impropiamente allí se le denomina, sino una verdadera acción de Control Constitucional[13]-. Así tenemos que el mencionado artículo constitucional señala, en su parte pertinente, lo siguiente:

> "Art. 200º.- Son garantías constitucionales:
> (...)
> 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
> (...)"

Es la Acción Popular, conforme a lo dispuesto en la Ley Procesal de Acción Popular (Ley Nº 24968); aquella acción de control por la cual cualesquiera persona puede recurrir ante un Tribunal de Justicia (de allí la denominación de Acción Popular, que es de orden procesal y subraya una "legitimación abierta" en el órgano jurisdiccional) y solicitarle como pretensión la derogación total o parcial de una norma de legislación derivada de la administración pública por contravenir a lo dispuesto en la Constitución, o en una norma de mayor jerarquía, o en el caso de normas de la misma jerarquía una de naturaleza especial por razón de la materia o del tiempo. La característica esencial de este proceso constitucional es la de ser de legitimación abierta, esto es que no se requiere un interés particular, probado y actual, para obrar como en el caso de la Acción Contencioso Administrativa (que sólo está reservada para el afectado y de quien de él derive legítimamente sus derechos particulares afectados), y está destinada a que cualesquier persona pueda hacer uso del control constitucional sobre la legislación derivada de la admi-

13 Para poder comprender esto con mayor facilidad, se puede seguir la siguiente inferencia lógica: La Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes es a la Ley en el Tribunal Constitucional, lo que la Acción Popular es a la legislación derivada de la administración pública en el Poder Judicial. Cambia el objeto y el escenario, por la razón jurídico constitucional y la naturaleza jurídica -y por ende los efectos- son los mismos.

nistración pública, con la finalidad de que se respete la prevalencia de la Constitución y de las normas legales de jerarquía superior o especial, respecto de la cuestionada.

En el marco de lo antes expuesto la CAM, por intermedio del INDECOPI, podría ver necesario acudir al órgano jurisdiccional correspondiente, en este caso la Corte Superior de Justicia del lugar de donde ha sido dictada la norma cuestionada, a fin de promover mediante la Acción Popular –que es de orden abstracto- la derogación de una norma administrativa de efectos generales y, dentro de su alcance de competencia legalmente establecido, encuentre que regula una barrera burocrática, y deberá ser el Poder Judicial (la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en segunda y definitiva instancia) la que determine finalmente y con calidad de cosa juzgada vinculante, si se está violando la Constitución o la legislación en materia de libre competencia y de acceso al mercado que se acusen como vulneradas.

Esta facultad de control legislativo de orden constitucional está únicamente otorgada al Poder Judicial, y en este caso se convierte en un órgano de control constitucional que tiene como función hacer prevalecer ante todo el cumplimiento de la Constitución y las leyes, así como la jerarquía normativa. Se trata, en definitiva, de que el Poder Judicial haga uso de sus facultades de órgano de control constitucional, entablando un equilibrio en las relaciones inter-órganos a partir de una interpretación constitucional autorizada y con calidad de cosa juzgada constitucional (interpretación constitucional auténtica)[14].

Cuarto: Concepto e interpretación de lo que puede constituir una barrera burocrática ilegal o irracional.

El concepto de barrera burocrática se encuentra estrechamente ligado al de los de economía de mercado, libertad de mercado y libre competencia; marco conceptual en el que puede ser definida como aquellos medios que son generados por la administración pública y que transgreden los principios básicos de libre competencia en el mercado.

Los Arts. 58° y 61° de la Constitución Política del Estado señalan:

14 Aníbal Quiroga León. "El Modelo de la Constitución de 1979"; en: **La Constitución Diez Años Después**; *Op. cit.*; pp. 38 y ss.

"Art. 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social del mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa primordialmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

(...)

Art. 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley o concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

(...) "

El régimen económico de nuestra carta constitucional es uno que se instala dentro del marco de la libertad económica, tomando como punto de partida la vigencia de la denominada economía social de mercado, concepto que no puede considerarse ajeno a la Constitución de 1993, en actual vigencia, por más liberal que sean las determinaciones constitucionales frente a la Constitución de 1979(D). Es por esta razón que se han venido dictando una serie de dispositivos legales que tienen como finalidad la reforma de las instituciones y de los diversos marcos de desarrollo económico, como la Ley Marco de Crecimiento de la Actividad Económica, o como el Decreto Ley N° 25868 mediante el cuál se crea precisamente al INDECOPI.

Lo que se ha buscado a través de estas reformas legislativas, y con la creación misma del INDECOPI, es que la nueva política económica procure el desarrollo y afianzamiento de la libre competencia como marcos esenciales del desarrollo de un mercado "sano", sin proteccionismos distorsionantes o sin "barreras burocráticas", es decir, sin la intervención innecesaria de la administración pública (o, en todo caso, con sólo la necesaria y limitada intervención en tanto no constituya una "barrera burocrática" ilegal o irracional. Entonces, sí pueden haber "barreras burocráticas" en tanto sean legales y razonables, necesarias por excepción), generando iguales distorsiones por un burocratismo mayor, o por una innecesaria intervención estatal en asuntos que deben ser librados a las fuerzas del mercado mismo, y a su autocontrol etc., de modo tal que generen sobrecostos para unos, se desalienten actividades económicas para otros, o se beneficien indebidamente a unos u otros por su posicionamiento en el mercado, o por su envergadura (capaci-

dad económica de resistencia o de asimilación de sobrecostos) frente a los más débiles.

Por ello la previsión legal de que la actividad del INDECOPI, a través de la CAM tenga especial atención o focalización interpretativa en el caso de las pequeñas empresas (y por extensión interpretativa, de las medianas empresas frente a las grandes), ya que se desea por parte de la Constitución y del Estado la participación "natural" de todos los agentes económicos en el mercado como fortalecimiento de la estructura económica de la Nación, fuente de recursos y de ingresos para el Estado mismo, fuente de trabajo (aspecto social) y, en suma, el fortalecimiento del país a partir de una sólida economía que nos permita participar, al mismo tiempo, de la manera más libre y segura en el mercado internacional. Estos deben ser, desde el punto de vista constitucional y legislativo, los marcos del crecimiento de la empresa y la realización efectiva de las normas programáticas que en materia económica contiene nuestra Carta Constitucional de 1993, adecuadamente interpretadas por los agentes de la Administración Pública y del Poder Judicial, dentro de sus respectivos marcos de competencia y jurisdicción.

Es bajo el régimen actual y conforme a los imperativos mandatos constitucionales antes señalados, que se determina como una de las funciones de la CAM impedir que existan "barreras burocráticas", que contravengan la existencia y desarrollo en nuestra economía en la denominada "libre competencia".

En el caso de las "barreras burocráticas" la CAM deberá tener presente que, como parte integrante de la administración pública (Poder Ejecutivo), carece de competencia constitucional para determinar por sí misma la inaplicación de las normas particulares o generales que sean dictadas por otro órgano u organismo de la misma administración pública, puesto que en calidad de órgano que ejerce jurisdicción administrativa carece de tal facultad que sólo está reservada, como ya se ha dicho, a los jueces del Poder Judicial. Es evidente que la actual redacción del Art. 26º BIS de la Ley del INDECOPI no faculta -y no podría hacerlo constitucionalmente- a ejercitar un "control normativo de legalidad y/o de constitucionalidad de los actos y hechos de la administración pública" en los que encuentre disposiciones específicas o genéricas -incluyendo en ello a la administración municipal o a la administración regional- "que impongan barreras burocráticas que impidan u

obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas" (*SIC)*; pero sí puede establecer válidamente la condición de ilegalidad o irrazonabilidad en dichas norma, actos o hechos y disponer las sanciones del caso, en cada caso concreto; pues lo contrario implicaría irrogarse una facultad de control normativo o de legalidad de la Constitución o de las leyes que la propia Constitución no permite a ningún órgano de la propia administración pública.

Para ello, necesariamente debe hacerse un previo análisis interpretativo y legislativo de las mismas -y sí se halla facultada a hacer interpretación legal (hermenéutica), a través de todos los métodos de interpretación jurídica que el derecho reconoce como ya se ha señalado- y, en consecuencia, al hacerlo así estará legal y constitucionalmente facultada a establecer las sanciones y correcciones a los actos concretos en que ello halla acontecido (la existencia de una "barrera burocrática"), determinando su sanción, eliminación o levantamiento, al mismo tiempo que los criterios (en uso de la jurisdicción administrativa que le confiere) para evitar que ello vuelva a acontecer en el mismo o en similares casos, a través de una jurisprudencia administrativa de carácter vinculante para la propia administración pública, y de orden supletorio para el Poder Judicial. Por ello mismo, no le está asignada ni permitida a la CAM, como ya queda dicho, la potestad de ejercer el control normativo sobre la administración pública, la municipal ni la regional, posibilidad de inaplicar, pues ello -como ya se ha explicado- queda reservado de modo exclusivo y excluyente al Poder Judicial, único órgano del Estado con capacidad de derogar una norma de legislación derivada de carácter general, único también con capacidad de declarar la inaplicación de una ley a un caso judicial concreto -*judicial review* o "control difuso" de la constitucionalidad de las leyes- (Arts. 138°, 2da. parte de la Constitución y 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y único para la determinación de la impugnación de un Acto Administrativo con efecto particular por medio de la Acción Contencioso Administrativa.

Lo primero mediante una sentencia con efectos generales (*Erga Omnes*) en un proceso judicial de orden constitucional de Acción Popular, lo segundo dentro de los límites de la institución del Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el procedimiento estatuido en el Art. 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

y dentro de una sentencia judicial de fondo en un caso concreto de colisión de leyes con las normas de la Constitución, según la determinación judicial; y lo tercero en el caso de una sentencia judicial en una Acción Contencioso Administrativa frente a una reclamación particular de un acto administrativo, o hecho de la administración, de efectos particulares, y sólo a petición del ciudadano que ha sido desatendido por la administración pública, legitimado para el efecto[15]. Todos esos son instrumentos del Derecho Procesal Constitucional[16].

Quinto: ¿Puede la CAM declarar que existe una "barrera burocrática"?

La CAM tiene como una de sus funciones legales el velar porque todos los órganos de la administración pública, sin excepción, incluyendo a los municipales o regionales, dentro de la prestación o regulación de bienes y servicios que estén relacionados con el acceso o permanencia de los diversos agentes económicos, no impongan "barreras burocráticas" *que* impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente tal acceso o permanencia, dando preferente atención a los agentes económicos constituidos por pequeñas empresas.

Ello significa que el concepto "barrera burocrática" está definido legalmente como "actos y disposiciones de la administración pública, incluyendo a la actividad administrativa municipal y la regional, que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado". De allí se puede inferir, con claridad, que por "barrera burocrática" se define legalmente a los actos y disposiciones administrativas del Estado, cualesquiera sea su ámbito de competencia, que tengan por objeto o finalidad -o inclusive finalidad no deseada o no querida- que constituya impedimento u obstáculo contra la legislación de la libre competencia, o su aplicación fuera de los márgenes del principio de razonabilidad (entendiendo la

15 Por eso se define a la Acción Contencioso Administrativa como una acción de control residual de orden subjetivo, sólo reservada al ciudadano que emplaza a la Administración Pública ante su contralor, el Poder Judicial, a fin de obtener de la sentencia judicial la prestación que la Administración Pública ha negado en acto de y dentro de su facultad discrecional en la **jurisdicción administrativa**. El supuesto inverso no existe en el Derecho Procesal Constitucional.

16 Aníbal Quiroga León. **Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano**; AAVV, (Aníbal Quiroga León-Compilador); Fac. De. PUC, Lima, 1990; pp. 147 y ss.

expresión "irrazonablemente" por lo antes señalado) y que determinen el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas.

Sobre la base de esos márgenes de interpretación, la CAM tiene la facultad y la obligación de defender los intereses de los agentes económicos en el mercado ante la presencia indebida ilegal y/o irrazonable, contraria a los principios de la libre competencia regulados en diversas normas vigentes en el ordenamiento jurídico peruano, de las denominadas "barreras burocráticas". Pero su actuación en este campo, para ser válida debe respetar los márgenes de su propia competencia legal, y ceñirse estrictamente a lo dispuesto en las normas de carácter imperativo que la regulan sin exceder dichos márgenes-, independientemente de que ello se pueda hacer a la invocación de defender a los particulares que se puedan ver afectados con tales "barreras burocráticas"; esto es, sin transgredir el ordenamiento legal vigente e imperativo para todos los órganos de la administración pública; y como consecuencia de ello no puede irrogarse facultades que no posee, tales como realizar el "control normativo" o el "control de legalidad o de constitucionalidad" declarando la inaplicabilidad de una norma legal o de un acto administrativo, pues esas facultades están reservadas por expreso mandato constitucional a determinados órganos constitucionales (y la CAM no es una de ellas).

Vale decir, en el caso de normas de legislación derivada de carácter particular o general están reservadas al Poder Judicial y en el caso de normas con rango de ley al Tribunal Constitucional; el primero de ellos, un poder del Estado y el segundo uno de los órganos constitucionales autónomos previstos en la Constitución, que son los únicos facultados a ejercer un control de constitucionalidad o de legalidad sobre los actos del Poder Ejecutivo, de la administración pública en general, incluyendo a la administración municipal o a la administración regional, y al Poder Legislativo.

Sexto: ¿Qué debe entenderse por competencia o facultad de la CAM para eliminar las "barreras burocráticas"?

Tenemos la plena convicción que la labor de la CAM en la facultad competencial que se le ha conferido legalmente por el Art. 26º BIS de la Ley del INDECOPI (esto es, a nivel legislativo) para eliminar las "barreras burocráticas", es la de actuar conforme a lo dispuesto en su

ley de creación o del establecimiento de sus facultades, utilizando los instrumentos procesales que confiere la Constitución y la ley con la finalidad de eliminar las "barreras burocráticas" que se originen como consecuencia de actos administrativos dictados por diversas autoridades, estableciendo las sanciones y consecuencias que correspondan.

Para ello no resulta sustentable el que pueda hacer válidamente "control de constitucionalidad" (por que no es un intérprete constitucional autorizado), ni hacer "control de legalidad" (para lo que no se halla facultado) -en verdad, además, no requiere hacerlo-. La resolución debe limitarse a detectar razonada y razonablemente la existencia una "barrera burocrática", y a partir de allí disponer en cada caso concreto la eliminación de la misma, caso por caso, disponiendo o imponiendo las multas y sanciones al funcionario o funcionarios que continúen con la "barrera burocrática", además de la responsabilidad administrativa y la denuncia penal correspondiente si tal actitud ingresa dentro de alguno de los elementos típicos del Derecho Penal Económico que hoy consagra el Código Penal en vigencia, como respaldo de la protección de la legislación de la Libre Competencia.

Lo anterior se corrobora cuando la misma normatividad que otorga la competencia legislativa a la CAM señala expresamente que: "En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial (y, por extensión, en una Resolución Suprema), la CAM no podrá ordenar ni su derogación, ni su inaplicación ni imponer las sanciones antes previstas. En tales casos la resolución de la CAM se reconducirá en un informe que deberá ser elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan"(*SIC*).

Consideramos con todo fundamento por ello que lo anterior también se aplica, en cuanto al "control de legalidad", de la misma manera a la normatividad legal genérica, y a los actos o hechos de la administración, provenientes de la autoridad municipal o regional. No creemos por la interpretación restrictiva que debe hacerse de toda situación o actividad excepcional, o restrictiva de derechos, conforme el principio previsto en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil, que dicha limitación alcance al establecimiento de las sanciones o la responsabilidad administrativa o responsabilidad para los demás funcionarios públicos (incluyendo en ello a los de la administración munici-

pal o regional), en el ejercicio competencial de las facultades que la ley confiere a la CAM, funcionarios para quienes sí se halla aplicable lo dispuesto en el segundo parágrafo del Art. 26º BIS de la Ley de INDECOPI.

Séptimo: ¿Puede la CAM disponer la derogación o la inaplicación de una norma municipal, cualesquiera sea su rango o denominación? ¿Cuál es el rango normativo de las denominadas "*Ordenanzas Municipales*"?

La primera parte de la presente formulación tiene los siguientes presupuestos:

(a) La facultad de control de las normas legales, cualesquiera sea su procedencia, y entendiendo el sentido material del término normas legales, está destinada a los órganos constitucionales, como ya señalamos. En el caso de las normas con rango formal de ley (con excepción de las ordenanzas municipales y las leyes regionales que no son formalmente leyes de la República, ni tienen rango de tales) al Tribunal Constitucional y, en el caso de las de legislación derivada o reglamentaria de la administración pública, (incluyendo a las municipales o regionales, con excepción de las ordenanzas municipales o las leyes regionales) al Poder Judicial.

(b) El control de la constitucionalidad de las normas en nuestro ordenamiento constitucional tiene dos vertientes, esto es: (b.1) el control concentrado de la constitucionalidad de las normas; y, (b.2) el control difuso o control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

(c) Ambas formas de control tienen antecedentes doctrinarios e históricos muy diferentes, pues mientras en el primero caso, llamado también sistema europeo, debemos remitirnos a la obra del célebre jurista vienés Hans Kelsen, en 1919, con la implementación del Tribunal Constitucional; en el segundo de los casos nos remitimos a la *Judicial Review* del Derecho Constitucional norteamericano, también conocido como el control judicial de la constitucionalidad de las normas, que nace en los Estados Unidos de Norteamérica, en 1803, con la hoy célebre Sentencia del *Chief of Justice* (equivalente a Presidente de la Corte Suprema Federal) John Marshall en el *leading case* Marbury vs. Madison en un *Writ Of Mandamus* (el equivalente a nuestra **Acción de Cumplimiento**).

(d) El control concentrado de la constitucionalidad de las normas es

aquel que realiza un órgano constitucional determinado (Tribunal Constitucional) cuya facultad primordial es la de ser el supremo intérprete de la Constitución y, a partir de esta primordial actividad, ejercitar el control las leyes expedidas por el Poder Legislativo y las normas con rango de ley determinadas por la propia Constitución (tratados internacionales, resoluciones legislativas, decretos legislativos y decretos de urgencia)[17], mediante una tarea de subsunción (contrastar la interpretación de la ley dubitada con la interpretación suprema de la Constitución), a fin de que no contravengan los principios fundamentales de la carta constitucional y, en consecuencia, hacer prevalecer por sobre todas las cosas el Estado de Derecho instaurado por la Constitución del Estado. Es, pues, como ya se ha dicho, la tarea consecuente de la función que le ha asignado la Carta Constitucional de ser el auténtico intérprete de la Constitución.

Los efectos de una sentencia del Tribunal Constitucional en una Acción de Inconstitucionalidad son derogatorios *erga omnes* de la norma cuestionada, esto es, para todos y contra todos, donde la norma cuestionada -si la sentencia del Tribunal Constitucional es estimatoria de la demanda- dejará de tener existencia en la esfera jurídica a partir del día siguiente a su publicación, en el diario oficial El Peruano, conforme a lo previsto en el 2º párrafo del Art. 36º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ello con calidad de cosa juzgada y sin efectos retroactivos (principio *ex-tunc*).

(e) El control difuso de la constitucionalidad de las normas, la "*judicial review*", es la facultad constitucional de inaplicar una norma legal, atribuida en el Art. 138º de la Constitución Política del Estado única y exclusivamente al Poder Judicial en un caso concreto, solo para efectos del caso mismo (Art. 14º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y sólo en ese foro, sin que pueda válidamente tener efectos genéricos de una derogación de una norma. Como en el caso anterior, la norma inaplicada seguirá vigente para el resto del ordenamiento jurídico, y la inaplicabilidad sancionada lo será sólo para el caso donde el juzgador considere que existe una colisión entre determinada norma y el texto constitucional.

17 Aún cuando la Constitución no lo mencione, también los decretos leyes, leyes de los gobiernos de facto, por su rango normativo de ley en sentido material y formal por la fuerza de los hechos, pueden ser objeto del control del Tribunal Constitucional, y la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional así lo contempla expresamente.

Nuestro ordenamiento jurídico constitucional otorga además al Poder Judicial, como ya se señaló, la facultad de controlar la legalidad de las normas reglamentarias o de legislación derivada de carácter general, mediante la Acción Popular, y la del control de las resoluciones administrativas de carácter particular mediante la Acción Contencioso Administrativa.

Son en consecuencia cuatro los mecanismos de control de las normas y estos se utilizarán conforme a la naturaleza o carácter de la norma, cuya inconstitucionalidad o ilegalidad es materia del proceso. Se reserva al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial la facultad de ejercer el control de las normas, son estos los únicos órganos del Estado que pueden desempeñar tal función y, como consecuencia de ello, cualesquier otro órgano de la administración pública que haga uso de esta facultad estará incurriendo en un grave problema de usurpación de funciones.

La segunda parte de la interrogante está exclusivamente referida al rango normativo de la ordenanzas municipales que son leyes municipales, esto es, expedidas por los gobiernos locales. Al respecto debemos precisar que la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico peruano que se grafica en el Art. 51° de la Carta Constitucional, y que a la letra dice:

> "Art. 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

De lo que se desprende que las ordenanzas municipales no tienen ni pueden tener rango normativo de ley de la República conforme a la Constitución de 1993 (y también conforme a su antecedente de 1979 (D)), y no hay norma constitucional que contradiga lo que así estamos afirmando y nunca nadie se ha planteado esto hasta el presente periodo, en que se han escuchado de modo inédito algunas opiniones en contrario[18] que pueden ser en algunos casos evidentemente interesadas o artificiosamente editadas.

18 Ernesto Blume Fortini. (Compilador) **El rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993**; AAVV; Municipalidad Metropolitana de Lima; Lima, 1997; edición ad-hoc y temática sobre esta materia.

Lo que sucede es que en la Constitución, cuando se define la competencia del Tribunal Constitucional al definir la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (con notorio defecto de redacción, dicho sea de paso), establece para las ordenanzas municipales (al igual que para las leyes regionales) un foro de control calificado, extrayéndolo del control del Poder Judicial y ubicándolo en los márgenes del control del Tribunal Constitucional. Pero es obvio que ello no "otorga" por sí mismo rango normativo de Ley a una ordenanza municipal por el sólo hecho de que su "árbitro constitucional" sea el mismo que el diseñado para el control de las leyes. Lo contrario supondría sostener que, en realidad, el rango normativo de las ordenanzas municipales se "eleva" al igual que una Ley del Congreso de la República por una suerte de mímesis constitucional[19]. En la realidad lo que sucede, es que cuando la Constitución define los alcances de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes, se señala textualmente que:

"Art. 200°.- Son garantías constitucionales:

(....)

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

Aparece evidente que las últimas dos menciones, leyes regionales y ordenanzas municipales, no constituyen en realidad normas legales con rango formal de ley, a diferencia de las demás, y el sólo hecho de mencionarlas en "conjunto" no determina *per se* que "adquieran" el rango normativo de Leyes de la República, ya que como queda dicho, sólo son tales las que se expidan por el Congreso Nacional, y las que ya se han mencionado en los límites del Art. 51° de la Constitución.

19 Mímesis.- Imitación que se hace de una persona (o cosa), repitiendo lo que ha dicho, y remedándola en el modo de hablar y en gestos y ademanes, (...); **Diccionario de la Lengua Española**; Real Academia Española; XXI Ed., T.II, Madrid, 1992; p. 1374.

Las normas que puede expedir una municipalidad o gobierno local, conforme a lo previsto en el Art. 109° de la Ley de Orgánica de Municipalidades (Ley N° 23853) son:

(a) Ordenanzas Municipales;
(b) Edictos;
(c) Acuerdos de Consejo;
(d) Decretos; y,
(e) Resoluciones.

Las tres primeras de las nombradas se encuentran legisladas en el Art. 110° de la Ley Orgánica de Municipalidades, y son aquellas mediante las cuales los gobiernos locales ejercen sus funciones de administración y de gobierno. La norma señalada nos dice literalmente:

> "Art. 110°.- Las Ordenanzas son las normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades a la propiedad privada.
>
> Los Edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos Municipales y el reglamento de Organización Interior.
>
> Los Acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan la opinión de la Municipalidad, su voluntad de practicar un determinado acto o de sujetarse a una conducta o norma institucional".

Los decretos de Alcaldía y las resoluciones de Alcaldía son aquellas normas de carácter estrictamente administrativo y se encuentran determinadas en el Art. 111° de la mencionada norma legal, que a la letra dice:

> "Art. 111°.- Los Decretos establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración Municipal o resuelven o regulan los asuntos de orden general y de interés para el vecindario.
>
> Las Resoluciones resuelven asuntos de carácter administrativo"

Como se aprecia de los puntos precedentes las municipalidades, como cualquier otro órgano de la administración pública, rigen su vida institucional y sus relaciones con los particulares sobre la base de una serie de normas, con denominaciones propias y que pueden ser de alcance general o particular. Cualesquiera sea la denominación que le demos a los actos administrativos que expresan la voluntad del gobierno local, estos podrán ser materia de control de la misma forma que la ley prevé para los demás casos; con la sola excepción de la Ordenanza Municipal, norma de mayor jerarquía dentro de la legislación municipal y que la Constitución le confiere en el Art. 200º Inc. 4, al someterlas al control del Tribunal Constitucional y extrayéndola del natural control judicial. Lo que no supone de modo alguno que en sentido estricto estemos ante una ley, de las mismas características que las promulgadas por el Poder Legislativo.

Son normas que por mandato constitucional, y dada la importancia que tienen dentro del ámbito vecinal o comunal sobre el cual están dadas, y por su origen de legitimación popular, han sido puestas por un arbitrio de la Constitución bajo el mismo control que se le da a una ley, pero no por ello se les puede asemejar o reconocer como tal en sentido estricto, y no se puede tomar como base su carácter de general puesto que existen otras normas administrativas de alcance general que tampoco tienen el rango que la Constitución le ha reservado sólo a las leyes y a las demás ya señaladas como del mismo rango, siendo sólo una opción legislativa adoptada por nuestra Carta Constitucional que "privilegia" a las ordenanzas municipales sólo en cuanto a su control constitucional o de legalidad dentro de las diferentes normas a las que les asigna el mismo rango legal, y esto puede explicarse como consecuencia de la independencia y origen popular de los gobiernos locales, independencia y autonomía que por lo demás no supone de ninguna manera la creación de un pequeño Estado dentro del Estado Peruano (atiéndase, además, que son más de 1000 municipalidades en toda la República).

No puede un gobierno local, por más legítimo que sea (es decir, proveniente del sufragio directo de sus electores en su ámbito territorial, grande, mediano o pequeño; provincial o distrital) dictar ordenanzas, que puedan transgredir las leyes de la República, ni tampoco transgredir el ámbito territorial sobre el cual tienen competencia los municipios o gobiernos locales.

Ahora bien, el hecho de que una ordenanza municipal no sea equivalente en sentido estricto a una Ley del Congreso, no supone que una Ley del Congreso la pueda derogar o desconocer, regulando al mismo tiempo lo que se halla reservado por la Constitución a su materia, por más rango normativo mayor que pueda tener; pues la ordenanza municipal está beneficiada por el principio de la reserva de ley que implica que dentro de los ámbitos de su competencia ninguna norma legal, por mayor rango normativo que tuviera; puede ingresar a su privativo ámbito de competencia que, por mandato de la Constitución, se halla reservada para la propia ordenanza municipal que, siendo de menor rango normativo, no puede ser superada en su contenido por una Ley de la República por el principio ya señalado, que determina que sólo una norma de igual jerarquía y dentro de la misma competencia la puede modificar por un aspecto de respeto, precisamente, competencial[20].

De ningún modo se puede desconocer, y menos la CAM, que la política legislativa adoptada por nuestros constituyentes le ha conferido un rango legal a la ordenanza municipal; esto es, que para derogarse sólo se podrá hacerlo mediante otra ordenanza municipal de igual jerarquía y de la misma municipalidad, o acudir al Tribunal Constitucional, conforme a las normas en materia de Acción de Inconstitucionalidad, a fin de solicitar y lograr su derogatoria en aplicación del Sistema de Control Concentrado que nuestra carta constitucional contiene, como ya hemos señalado. Este control se ha reservado como facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional y respecto del cual existe una legitimación cerrada, conforme a lo previsto en el Art. 203° de la Constitución; y que, para el caso de las ordenanzas municipales, supone que además de las personas legitimadas para interponer la Acción de Inconstitucionalidad, esta pueda ser interpuesta por el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial municipal.

¿Cuál es la razón para que la Constitución tenga en el Art. 200°, Inc. 4to. la previsión del "foro especial" para las ordenanzas municipa-

20 Sírvanos de ejemplo el siguiente caso: En la jerarquía judicial -también de orden piramidal- es obvio que un Juez de Primera Instancia tiene menos jerarquía que un Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República; pero tal Vocal Supremo **no podría** por más que tenga una mayor jerarquía funcional y administrativa; ingresar valida y competentemente a un caso de ese Juez de Primera Instancia y resolver como jurisdiccionales por él o darle indicaciones de cómo hacerlo.

les? El caso de la legitimación popular en el origen de las ordenanzas municipales determinó en el espíritu del constituyente de 1993 que, pese a no ser una norma legal con rango de ley -no lo podía ser en ningún caso-, tenga el respeto a esa legitimación popular la reserva del mismo "foro de control" que es el que tiene la ley, pero ello, en ningún caso podía determinar su "automática" conversión en "norma legal municipal con rango normativo de Ley de la República (por más error en la redacción -o en la construcción del enunciado- del Inc. 4to. del Art. 200° de la Constitución), ya que ordenanzas municipales no sólo expiden legalmente el Concejo Metropolitano de Lima, o de las capitales de los departamentos, o de las grandes ciudades; sino todos y cada uno de los municipios del país, que pasan de 1000. ¿Sería posible entender que, además del Congreso Nacional, hay más de 1000 "mini congresos municipales" que se hallan facultados a dictar las más variadas "normas legales" bajo el rótulo de "ordenanza Municipal", subyugando y sometiendo así el sistema jurídico nacional? No es posible hacerlo, por que la Ordenanza Municipal **no** tiene el mismo rango normativo de una Ley del Congreso Nacional en su contenido intrínseco; todo ello, sin perjuicio por cierto, de que la Ley del Congreso Nacional respete (no hacerlo haría inconstitucional a dicha ley), respete escrupulosamente **la reserva de ley** que la Constitución y la Ley de Municipalidades reserva como garantía de la autonomía de los gobiernos locales[21].

Para determinar lo anterior deber recurrirse a una necesaria interpretación constitucional autorizada, bajo métodos distintos y diferentes de los que trae la hermeneútica jurídica tradicional o legal, de modo que esta interpretación constitucional autorizada -en "contrapeso de valores"- se haga "conforme a la Constitución"[22].

3. Conclusiones.-

I. La Administración Pública está conformada por todos aquellos órganos y organismos que componen los poderes del Estado (Ejecuti-

21 Autonomía viene de la conjunción latina: *auto-nomos*, que significa "facultad de autonormarse o autoregularse"; es decir, de darse su propia y excluyente normatividad.

22 Aníbal Quiroga León. "La Interpretación Constitucional": Revista **Derecho**, No. 39, Fac. de. Derecho, PUC del Perú, Lima, 1985; pp 323 y ss.

vo, Legislativo y Judicial), y los órganos constitucionales autónomos, esto es los órganos cuyo origen es la carta constitucional.

II. La Administración Pública expresa la voluntad del Estado mediante el dictado de una serie de disposiciones, que se pueden denominar de diferentes maneras, dependiendo su denominación de la naturaleza de la disposición dictada: por ejemplo, las normas legales son actos administrativos de naturaleza normativa.

III. Además de las atribuciones de los diferentes órganos y organismos de la Administración Pública, estos tienen la facultad de conocer y resolver en la vía administrativa las pretensiones de los particulares frente a la Administración Pública, al evaluar e interpretar para esta labor las normas legales, la Administración Pública está ejerciendo la denominada "jurisdicción administrativa", la misma que ejerce con las mismas facultades que cuando el Poder Judicial ejerce la jurisdicción ordinaria, exceptuando la del control difuso de la constitucionalidad de las normas, conforme a lo previsto en el Art. 138° de la Constitución Política del Estado y el Art. 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV.Cuando el Art. 26° BIS de la Ley de INDECOPI se refiere a las "barreras burocráticas" que impidan u obstaculicen (ilegal o irracionalmente) el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, éstas podrían estar contenidas en los actos administrativos particulares o genéricos de la Administración Pública, o en los hechos de la administración, incluyendo en ello a las entidades o facultades administrativas municipales o regionales

V. Son sujetos activos de los actos administrativos, cualesquiera sea su naturaleza, los órganos y organismos de la Administración Pública que los expidan, siendo los responsables de ellos los funcionarios que los hayan expedido. Su defensa, en el caso que los actos administrativos contravengan la Constitución o las normas de mayor jerarquía, será asumida conforme a lo dispuesto en las normas correspondientes a la defensa del Estado.

VI. La facultad de control de la constitucionalidad y la legalidad de las normas legales -en el sentido lato del término-, tengan éstas efectos particulares o generales, está reservada por mandato constitucional al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial.

VII. El Tribunal Constitucional es el órgano constitucional cuya

función primera es la de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. Respecto de estas últimas, es el propio texto constitucional el que se reserva la facultad de determinar cuales serán las normas legales con rango de ley, encontramos entre ellas a las ordenanzas municipales.

VIII. El Poder Judicial tiene como una de sus facultades la de ejercer el control de la constitucionalidad y legalidad de las normas legales de legislación reglamentaria o derivada y de efectos generales mediante la Acción Popular contenida en el Inc. 5 del Art. 200º de la Constitución Política del Estado; respecto a los actos administrativos de efectos particulares, el Poder Judicial es el único facultado a determinar si éstos son o no legales y/o constitucionales, mediante la resolución de las acciones contencioso administrativas, cuyo origen lo encontramos en el Art. 148º de la Constitución y respecto de las cuales el único legitimado a interponerla es el sujeto que se ve afectado con el Acto Administrativo cuestionado. Cabe señalar que el Poder Judicial también tiene la facultad del control difuso o judicial de las leyes y normas con rango de ley, mediante su inaplicación a un caso concreto, conforme a lo establecido en el Art. 138º de la Constitución.

IX. Las "barreras burocráticas" conforme a su definición son aquellas que obstaculizan irracionalmente el libre mercado y no se condicen con la política económica contenida en los Arts. 58º y 61º de la Constitución Política de Estado. Es función de la CAM la de controlar que los órganos de la Administración Pública no contravengan estas disposiciones y en consecuencia sus actos no contengan "barreras burocráticas"; más el control de la CAM no supone de modo alguno que pueda derogar o inaplicar el Acto Administrativo que la contiene, pues esta es una facultad expresamente reservada al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, conforme se ha señalado en el punto anterior.

X. La obligación de la CAM de detectar la existencia de "barreras burocráticas" y eliminar su aplicación disponiendo en cada caso concreto la eliminación de la misma, caso por caso, y/o imponiendo las multas y sanciones al funcionario o funcionarios que continúen con la "barrera burocrática", además de la responsabilidad administrativa y la denuncia penal correspondiente si tal actitud ingresa dentro de alguno de los elementos típicos del Derecho Penal Económico, que hoy consagra el Código Penal en vigencia como respaldo de la protección de la legislación de la libre competencia.

XI. Los gobiernos locales o municipalidades rigen su vida institucional y sus relaciones con los ciudadanos, mediante actos normativos que se encuentran determinados en el Art. 110º de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley Nº 23385).

XII. La norma de mayor jerarquía municipal es la ordenanza municipal, que tiene efectos generales y está determinada para regular la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecer las limitaciones y modalidades a la propiedad privada.

XIII. Las ordenanzas municipales conforme a lo **dispuesto en el Art. 200º Inc. 4 de la Constitución, tienen rango de ley; mas ello no significa de modo alguno que una ordenanza municipal sea en sentido estricto una Ley.** El rango legal que le confiere la Constitución a una Ordenanza Municipal es una opción constitucional que tiene como fundamento la naturaleza de esta norma y sus efectos dentro de un gobierno local. **El hecho que en sentido estricto una Ordenanza Municipal no sea igual a una Ley del Congreso de ningún modo puede conllevar que su derogación o inaplicación la dicte el Poder Judicial o un Órgano de la Administración Pública pues ello ha sido reservado constitucionalmente expresa y exclusivamente al Tribunal Constitucional.**

XIV. La previsión del "foro especial" para las ordenanzas municipales dispuesto por la Constitución se basa en la cualidad de la legitimación popular en el origen de las ordenanzas municipales que determinó en el espíritu del constituyente de 1993 a que, pese a no ser una norma legal con rango de Ley –no lo podía ser en ningún caso-, tenga un respeto a esa legitimación popular y le reserva el mismo "foro de control" que tiene la Ley. Pero ello, en ningún caso, puede determinar su "automática" conversión en "norma legal municipal con rango normativo de Ley de la República", ya que las ordenanzas municipales no sólo se expiden legalmente por el Concejo Metropolitano de Lima, o de las capitales de los departamentos, o de las grandes ciudades, sino todos y cada uno de los municipios del país, que pasan de 1000 ¿Sería posible entender que, además del Congreso Nacional, hay más de 1000 "mini Congresos Municipales" que se hallen facultados a dictar las más variadas "normas legales" bajo el rótulo de **Ordenanza Municipal**, subyugando y sometiendo así el sistema jurídico nacional? No es posible

hacerlo, porque la ordenanza municipal **no** tiene el mismo **rango normativo** de una Ley del Congreso Nacional en su contenido intrínseco; sin perjuicio por cierto, como en puridad corresponde, de que la Ley del Congreso Nacional respete y no se inmiscuya en lo que es su "**reserva de ley**", esto es, en su materia, en su contenido normativo, y en su orden competencial, respetando escrupulosamente esta "**reserva de ley**" que la Constitución y la Ley de Municipalidades reserva como garantía de la autonomía e independencia de los gobiernos locales. Nada menos que eso, y no más que eso. Ese es el adecuado equilibrio que la Constitución ha determinado para la convivencia de la ordenanza municipal y de la Ley de la República emanada del Congreso Nacional.

Compraventa con reserva de propiedad

Manuel De la Puente y Lavalle

El artículo 1583º del Código Civil dispone lo siguiente:

> **Artículo 1583º.-** En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.
>
> El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Campo de aplicación

No existe uniformidad en las codificaciones en cuanto a los bienes respecto de los cuales es posible pactar la compraventa con reserva de propiedad.

El Código Civil italiano, por ejemplo, ubica este contrato en la sección que versa sobre la venta de cosas muebles.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana[1] se pronuncia en el sentido de que el pacto de reserva de dominio es válido respecto también de bienes inmuebles por cuanto, a falta de una norma prohibitiva

1 Guido Capozzi, *Dei singoli contratti*, Giuffré Editore, Milano, 1988, p. 126; Massimo Bianca C. *La vendita e la permuta*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1972, p. 534.

–que, por otro lado, no tendría justificación-, prevalece el dominio de la autonomía de la voluntad.

El BGB dispone en su numeral 925 que es ineficaz la transmisión de propiedad de una finca que se realice bajo una condición o una determinación de tiempo, de lo que se colige que no es posible el convenio por el cual el vendedor se reserva la propiedad de una finca hasta el pago del precio, ni bajo condición suspensiva, ni bajo condición resolutoria.

El Código Civil argentino viene a adoptar una solución similar a la del Código Civil italiano, pues su artículo 1374º "prohibe el pacto comisorio en la venta de cosas muebles" y el artículo 1376º expresa que "la venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciera con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio".

Empero, la doctrina argentina prevaleciente[2], siguiendo a Saravia, opina que es perfectamente posible –tomando en consideración que la transmisión de la propiedad no se opera *solo consensu,* sino que se requiere la entrega de los bienes muebles hasta que el comprador pague el precio convenido.

Entre nosotros León Barandiarán[3] y Arias Schreiber[4] afirman, el primero respecto al Código Civil de 1936 y el segundo respecto al Código Civil de 1984, que la reservación de propiedad puede funcionar ya el bien sea mueble o inmueble, pues dichos códigos no hacen diferenciación alguna.

Función del pacto de reserva

Es posible que la primera manifestación legal de la compraventa con pacto de reserva de propiedad no haya sido el Derecho Romano sino que, según afirman Leonhardt y Cohen[5], fuera una convención germana de garantía llamada *Chursächsische Prozessordnung*, cuya función fue

2 Luis María, Rezzonico, **Estudio de los contratos**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, Tomo I, p. 407, Ernesto C. Wayar, **Compraventa y permuta**, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 510.

3 José León Barandiarán, **Contratos en el Derecho Civil peruano**, Comisión Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, Lima, 1965, Tomo I, p. 74.

4 Max Arias-Schreiber Pezet, **Exégesis del Código Civil peruano de 1984**, San Jerónimo, Ediciones, Lima, 1988, Tomo II, p. 116.

5 Cita de Luis María Rezzónico, *op. cit.*, Tomo I, p. 507

evolucionando con el correr de los años hasta los finales del siglo XIX, donde encontró cómoda cabida en la doctrina mundial.

Sin embargo, la expansión del mercado de bienes muebles en el siglo XX, que determinó el pasaje de un capitalismo individualista a un capitalismo asociacionista, dio lugar a un fenómeno nuevo, no previsto hasta entonces. Se trata de un cambio de mentalidad del público, inducido por una publicidad desmedida, que se ha visto envuelto en una desenfrenada carrera por adquirir bienes, especialmente muebles. Alonso[6], quien en la cita a pie de página[7] hace una vívida descripción de este fenómeno, considera que la reserva de propiedad cumple en nuestros días una función intimidante.

Messineo[8], por su parte, opina que la venta con reserva de propiedad cumple las siguientes funciones económicas:

a) Facilita la venta a favor de aquellos que (de ordinario, por escasez de medios) no están en situación de pagar "al contado". Tal tipo de

6 Mariano Alonso Pérez, **El riesgo en el contrato de compraventa**, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1972, p.370.

7 El comprador, víctima de la sociedad tecnológica y de su secuela el afán de consumo por la atracción constante de la propaganda alienadora, no frena fácilmente su capacidad adquisitiva. Pretende superar todos los récords y adquirir los últimos modelos de los infinitos bienes que brinda nuestra sociedad aburguesada y prometeica (automóviles, neveras, televisores, máquinas de escribir, etc.). No importa si se dispone de dinero suficiente; pero sí importa, y mucho, responder al impacto de la propaganda que se infiltra hasta en lo más recóndito del subconsciente; adquirir sin medida para situarse a la cabeza de tantas víctimas alienadas por el consumo como los viejos navegantes por las sirenas mitológicas. También los vendedores, presionados por la gran variedad de artículos que pueden ofrecer a los compradores, sólo desean lanzar sus artículos, desprenderse de ellos: vender a quien sea y como sea. Unos y otros se sienten inmersos en un mundo que los tiraniza por igual.
Obsérvese que el riesgo inherente al hecho de que el vendedor se reserve la propiedad es más aparente que real. Es tal la necesidad de vender, se produce tanto en nuestra sociedad tecnificada y empresarial, que sin duda a los compradores se le ofrecen posibilidades de todo tipo: vendedores que desean retener el dominio de los productos y vendedores para los que lo único importante es vender, desprenderse de sus artículos como sea.
Se me objetará que el derecho de prenda ya intimida. Y es cierto, pero menos. Al comprador, seducido por la demiurgia de la sociedad de consumo, la verdad que ni la reserva de dominio, ni la garantía real le intimidan eficazmente. Mas es claro que en su inconsciente opera con más energía la idea de que la propiedad es un derecho fundamental, el "tabú" del dominio como *plena in re potestas*. Considera peor situación usar una cosa sin ser dueño y desea adquirirla con más afán que si ya tiene el dominio, pero se ve afectado por una posible ejecución pignoraticia.

8 Franceso Messineo, **Manual de Derecho civil y comercial**, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo V, p. 83.

venta permite atribuir la posesión inmediata de la cosa, también el inmediato goce de ella.

b) Mediante el goce, la cosa vendida, si es cosa fructífera, produce rédito inmediato al comprador y lo pone en situación de pagar las cuotas del precio, de la manera que, en cierto modo, la cosa se paga, aunque sea lentamente, **por sí misma**, o sea, con el producto de su utilización (piénsese, de modo particular, en el caso de las máquinas).

c) La venta con reserva de propiedad permite el comprador obtener uno de los atributos normales de la propiedad (el goce), aun si que haya pagado (o pagado enteramente) el precio de la cosa, mientras que, con la reserva de propiedad, que funciona como condición suspensiva, queda en el vendedor el poder de disponer, o sea, el otro atributo de la propiedad, aun cuando de tal poder no pueda valerse sino cuando el comprador sea reiteradamente incumpliente.

d) Al mismo tiempo, la reserva de propiedad hace de garantía (impropia) para el vendedor, en una situación en que, no siendo posible recurrir a la publicidad de la venta y tampoco a la hipoteca mobiliaria, el vendedor estaría expuesto a los peligros de la enajenación, por parte del comprador, a terceros de buena fe. La reserva de la propiedad ocupa el lugar, prácticamente, del pacto comisorio (que está prohibido), aunque difiera de él jurídicamente.

Rivera[9] plantea que la función especial de la reserva de dominio y que la configura como figura autónoma, debe ser la posibilidad de recuperar el bien vendido a plazos. Ello se producirá a través de los mecanismos resolutorios, considerando que la reserva de dominio introduce una condición resolutoria expresa en el contrato al que va incorporada.

Accesoriedad del pacto de reserva

Conviene aclarar, en primer lugar, para evitar confusiones, que en el Derecho Romano clásico la palabra *contractus* no significó el acuerdo

9 Manuel Rivera, **La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 47.

de voluntades, que es el sentido moderno que tiene, sino la relación jurídica o el vínculo obligatorio en sí (la obligación). El acuerdo de voluntades (consentimiento) adquirió significado en el Derecho justinianeo y fue llamado *pactum* o *conventio* y no *contractus.*

Inicialmente el solo acuerdo de voluntades (*nuda pacta*) no producía acción alguna. Para que esto último ocurriera se requería que el pacto se envolviera en algún tipo de ropaje (*pacta vestita*) que le diera valor obligatorio.

Surgen así los pactos verbales (*verbis*) cuya vestimenta era el uso de palabras o ritos solemnes (como la *stipulatio*); los pactos literales (*literis*) que se formalizan escribiéndolos en un documento del deudor o en un libro del acreedor; y los pactos reales (*re*) que sólo se perfeccionaban con la entrega de la cosa.

Posteriormente se empieza a admitir el pacto consensual (*consensus*) que concedía acción por el mero acuerdo de voluntades, sin necesidad de ropaje especial, pero para ello era necesario que ese pacto recayera en convenciones de uso frecuente e importancia práctica. Cada uno de estos pactos así sancionados por el Derecho civil formaba un *contrato* y estaba designado por un nombre especial: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato. Petit[10] dice que en Derecho romano los contratos son, pues: unas convenciones o pactos que están destinados a producir obligaciones y que han sido sancionados y nombrados por el Derecho civil.

De acuerdo con el Diccionario de Derecho usual[11], en el Derecho positivo vigente subsiste el concepto de pacto, pero ya únicamente como cómodo sinónimo del legislador, que alterna la palabra con la de contrato y quizás más aún con la de cláusula de un contrato. Ratificando esta actitud, el Código Civil español declara en su artículo 1.255° que "los contratantes (lo que supone la celebración de un contrato) pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente", de donde resulta indiscutible que se valoran aquéllos cual parte de los contratos.

Ataz y otros[12] dicen que la palabra pacto se utiliza en distintos lu-

10 Eugéne Petit, **Tratado elemental de Derecho romano**, Editorial Nacional, México, 1976, p. 318.

11 **Diccionario Enciclopédico de Derecho usual**, de Guillermo Cabanellas, voz "Pacto", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988, Tomo VI, p.6.

12 Joaquín Ataz López, Isabel González Pacanowska, Enrique Quiñonero Cervantes,

gares del Código Civil español y en ellos no siempre con el mismo significado. A veces se utiliza en el sentido de acuerdo sobre algún punto en particular, mediante el cual las partes introducen alguna modificación en el régimen normal de la institución que sea, con lo cual resulta sinónima de estipulación. En otras ocasiones el pacto no afecta el contenido propio del tipo contractual, sino que resulta un añadido que alude a particulares reglas o disposiciones contractuales.

Obsérvese que existe una difundida tendencia a reconocer que el concepto de pacto ha evolucionado, dejando éste de ser considerado exclusivamente como un equivalente del contrato para convertirse en un convenio accesorio de un contrato determinado, que no puede modificar su tipo.

Diez-Picazo[13] admite la existencia de tal tendencia al decir que en las leyes modernas laten dos sentidos distintos de la palabra pacto, una que se identifica con contrato, y otra que alude a las particulares reglas o disposiciones contractuales. Así por ejemplo cuando se habla del pacto comisorio, del pacto de retroventa, del pacto anticrético en la prenda, de pacto expreso en la redención del censo, se habla siempre de una singular disposición contractual. El mismo autor[14] anota que las reservas de dominio han sido estudiadas por la doctrina y contempladas por la jurisprudencia como pactos contractuales y, por consiguiente, como ingredientes de una relación jurídico-obligatoria.

El artículo 1583° del Código Civil peruano está ubicado en el subcapítulo II que tiene el título "Compraventa con reserva de propiedad", que, a su vez, forma parte del Capítulo I que versa sobre "Pactos que pueden integrar la compraventa", donde también está situado el sub-capítulo III que se refiere al "Pacto de retroventa". Resulta así que en el tema de la reserva de propiedad el significado de pacto es en el segundo sentido de que habla Diez-Picazo, o sea el de particular regla contractual.

Dando al pacto este último sentido, surge el problema de su accesoriedad respecto del contrato de compraventa.

Antonio Reverte Navarro, Juan Roca Guillamon y Erncarna Serna Meroño en **Comentarios al Código civil y compilaciones forales**, dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1993, Tomo XVII, Vol. 1-A, p. 145.

13 Luis Diez-Picazo, **Fundamentos de Derecho civil patrimonial**, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Vol. I, p. 230.

14 Ibidem, Vol. II. p. 665.

Un grupo de autores, entre los que cabe citar a Bianca[15] y a Bocchini[16], quienes otorgan a la reserva de dominio una función de garantía del vendedor, opina que, si bien el pacto como accesorio de la compraventa presupone la existencia del contrato principal, no existe inconveniente para que la garantía surja no sólo en el momento de celebrarse la compraventa, sino también durante la ejecución de la misma hasta el momento del pago total del precio.

Otro sector de la doctrina considera que la reserva de propiedad debe ser estipulada contextualmente a la compraventa, aunque por distintas razones Greco y Cottino[17] entienden que la falta de contextualidad determina que la reserva sea ineficaz e inoponible a terceros. Pérez y Alguer[18] discurren que si no se pacta la reserva de propiedad al momento de celebrarse la compraventa, la entrega de la cosa (unida al contrato de compraventa) producirá su efecto propio de transmitir el dominio, por lo cual el posterior pacto de reserva sólo podrá tener el significado de una nueva transmisión a favor del primitivo vendedor.

Considero, basándome en la opinión de Carpino[19], que la reserva de dominio debe ser contextual a la celebración del contrato de compraventa, desde que no se trata de añadir a una compraventa una cláusula que modifique su estructura y efectos, ya que la operación nace unitariamente. No se está en presencia de dos actos jurídicos distintos, sino de un solo acto caracterizado por los elementos anteriormente indicados.

Si el pacto de reserva es accesorio a la compraventa, con lo cual la más autorizada doctrina está de acuerdo, es verdaderamente difícil entender que un pacto accesorio modifique sustancialmente la finalidad del contrato del cual forma parte, como parece ocurrir en el pacto de reserva de propiedad integrado a la compraventa. Conviene, por ello, detenernos a estudiar la naturaleza del contrato de compraventa.

15 Massimo Bianca C., ***op. cit.***, p. 532.

16 Fernando Bocchini, ***La vendita di cose mobili***, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1994, p. 324.

17 Paolo Greco y Gastone Cottino, ***Della vendita***, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1981, p. 436.

18 Blas Pérez González y José Alguer en las anotaciones a la obra **Derecho de obligaciones** de Ludwig Ennecerus, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, Volumen II, Primera Parte, p. 185.

19 Brunetto Carpino, en ***Trattato di Diritto Privato*** dirigido por Pietro Rescigno, U.T.E.T., Torino, 1984, Tomo XI, p.318.

El contrato de compraventa

Como es sabido, tratándose de la compraventa de bienes muebles el Código Civil peruano acoge la teoría del título y el modo, según la cual dicho contrato es el título de adquisición, o sea el acto que por sí solo no transmite el dominio, pero que **mediatamente** sirve para ello, al justificar el modo, dándole su razón de ser; el modo de adquirir es la entrega del bien, esto es el acto que sirve inmediatamente para la transferencia de la propiedad, tal como lo prescribe el artículo 947° del código civil.

En el caso de los bienes inmuebles determinados surge el problema suscitado por el artículo 949° del mismo código, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. La doctrina nacional está dividida, pues algunos piensan que el contrato de compraventa de bien inmueble no sólo crea la obligación de transferirlo sino también es el medio suficiente de adquisición de la propiedad. Otros opinan que tratándose tanto de la transferencia de bienes muebles como de inmuebles, rige únicamente la teoría del título y el modo.

En otro cuaderno he desarrollado tal problema, exponiendo las razones que me llevan a adoptar esta última posición.

Hay que observar, sin embargo, que en cualquiera de las dos tesis la finalidad característica del contrato puro de compraventa es transferir la propiedad del bien materia de ella.

Dificultad del tema

Se ha visto que según el artículo 1583° del código civil, en una compraventa, cuyo precio no haya sido íntegramente pagado puede pactarse que, pese a haberse celebrado el contrato y entregado el bien al comprador –lo que en la compraventa pura de bienes muebles determina la transferencia de la propiedad-, el comprador se reserve la propiedad del bien, con lo cual parece haberse perdido la finalidad del contrato.

¿Puede un pacto integrado en la compraventa variar de manera tan drástica la finalidad de este contrato? Diez-Picazo[20] se hace una pre-

20 Luis Diez-Picazo, *op. cit.*, Vol. II, p. 665.

gunta similar diciendo: "No obstante haberse producido la entrega de la cosa y una entrega que objetivamente considerada reviste todos los caracteres de una *traditio* y no obstante ser la entrega o *traditio* consecuencia natural de un contrato del que es consecuencia natural la transmisión, las partes quieren que la transmisión no se produzca de momento y que quede diferida para el futuro. ¿Es esto posible? ¿Cómo puede explicarse jurídicamente algo que en principio constituye una distorsión del sistema?".

Una primera reacción ante este cuestionamiento fue negar la validez del pacto de reserva. Al respecto el jurista italiano Bonelli[21] sostuvo que el *pactum reservati dominii* no puede ser un mero pacto agregado a la compraventa, sino una sustancial transformación de dicho contrato, que cuando más podrá ser una promesa de venta, pero de ningún modo un contrato de venta.

Sin embargo, posteriormente el mismo jurista, y con él la mayoría de la doctrina, aunque con construcciones diversas, ha afirmado la plena validez del pacto de reserva de dominio.

Para justificar esta posición se han ensayado diversas soluciones que se plasman en sendas teorías.

1) Teoría de la condición suspensiva

Es la teoría tradicional, seguida también por autores modernos, la cual afirma, en sustancia, que se trata de una compraventa sujeta a la condición suspensiva del pago íntegro del precio.

En nuestro sistema jurídico, la condición ha sido definida por León Barandiarán[22] como un hecho futuro e incierto que subordina los efectos del acto jurídico. En el caso de la condición suspensiva se debe esperar su verificación para que el acto produzca sus efectos.

Puede observarse que, según este criterio, la condición suspensiva afecta al acto jurídico en su integridad, suspendiendo todos sus efectos. El acto existe, pero carece totalmente de eficacia.

Aplicando tal concepción al contrato de compraventa, resulta que, pese a haberse celebrado el contrato, la condición suspensiva determina

21 Cita de Francisco Degni, **La compraventa**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 225.

22 José León Barandiarán, **Comentarios al Código Civil peruano**, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1954, p. 221.

que no exista obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien mueble -mediante su entrega- ni obligación del comprador de pagar su precio en dinero, que son los efectos fundamentales de la compraventa.

En la compraventa con pacto de reserva de dominio no ocurre esto, pues pese a que en virtud de la condición suspensiva impuesta al contrato de compraventa no habría surgido aún la obligación de entregar el bien, el vendedor debe efectuar esta entrega –aunque conservando el dominio del bien- y el comprador debe pagar el precio –aunque dilatado en el tiempo-.

2) Teoría de la condición resolutoria

Según esta teoría, el contrato mismo de compraventa estaría sujeto a la condición resolutoria de no pagarse el precio en la oportunidad debida. La propiedad del bien pasaría inmediatamente, tras la celebración del contrato y posterior tradición, al comprador, pero el contrato quedaría resuelto en la eventualidad de que éste dejara de pagar el precio al vencimiento del plazo convenido para el pago.

López de Zavalía[23] participa de esta teoría, con la aclaración de que más que una condición resolutoria en sentido técnico, debe hablarse de un pacto comisorio. Para comprender esta posición debe tenerse presente que la doctrina argentina moderna denomina "pacto comisorio" tanto a la resolución por incumplimiento cuanto a la cláusula resolutoria expresa, llamándolas **pacto comisorio tácito** y **pacto comisorio expreso**, respectivamente. Según López de Zavalía, la reserva de dominio, al igual que el pacto comisorio, opera resolutoriamente.

En apoyo de esta posición está el argumento de Diez-Picazo[24] según el cual el riesgo pasa del vendedor al comprador con la entrega, de tal manera que si la cosa se pierde en poder el comprador, se pierde para él que será obligado además a pagar el precio. De aquí se deduce que la condición no puede ser nunca suspensiva y será en todo caso resolutoria.

23 Fernando J. López Zavalía, **Teoría de los contratos**, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, Parte especial, Tomo I, p. 260.

24 Luis Diez-Picazo, ***op. cit.***, Tomo I, p. 666.

Se ha objetado esta posición manifestando que la condición resolutoria deja sin efecto un contrato que no solamente existe sino también tiene plena eficacia hasta que la condición se realice. En consecuencia, la celebración del contrato de compraventa y la entrega del bien transfieren al comprador la propiedad de éste, que no queda reservada al vendedor.

3) Teoría de la reciprocidad de prestaciones

Rubino[25] sustenta esta teoría diciendo que la figura de la compraventa con reserva de dominio no es anómala, pues se funda en la propia naturaleza especial de la venta como contrato con atribuciones patrimoniales recíprocas: que esta reciprocidad debe existir no sólo en el momento estático de la conclusión del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que sean pactadas y determinadas las dos atribuciones patrimoniales recíprocas (el llamado sinalagma genético), sino que debe subsistir también en el momento dinámico de la ejecución del contrato, consistiendo entonces en la necesidad de que ambas prestaciones sean realizadas (sinalagma funcional). Ahora bien, la mejor aplicación de la reciprocidad en el momento de la ejecución tiene lugar cuando las dos atribuciones tienen lugar contemporáneamente; y así como de un lado las partes pueden fijar a su arbitrio un plazo para el pago del precio, de otro lado, son libres para diferir la transferencia del derecho a un momento sucesivo a la conclusión del contrato, de tal manera que la antedicha contemporaneidad se obtiene precisamente difiriendo la atribución patrimonial correspondiente al vendedor, esto es la transferencia del derecho, al momento en que el precio sea pagada íntegramente.

Este planteamiento ha sido seguido, casi literalmente, por el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 10 de junio de 1958.

4) Teoría del derecho real de garantía

El tratadista alemán Blomeyer[26] sostiene una tesis de equiparación entre

25 Domenico Rubino, ***La compravendita***, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1971, p. 429.

26 Cita de Ramón Badenes Gasset, **El contrato de compraventa**, Librería Ramón Bosch, Barcelona, 1979, Tomo I, p. 509.

la reserva de dominio y el derecho de prenda, válida para el ordenamiento alemán. Según esta tesis, el acreedor prendario tiene sobre el bien prendado el mismo derecho que sobre el precio: una participación sobre la propiedad, por lo cual la prenda queda sometida a una copropiedad cuyas cuotas no se pueden determinar hasta el momento de su liquidación, pues depende del precio que se obtenga. Agrega este autor que en la reserva de dominio se da una transmisión condicional con fines de garantía y será la marcha del negocio de compraventa la que determine a quién se debe atribuir la plena propiedad y a quién el derecho real de garantía durante el período de pendencia.

Bercovitz[27] piensa que esta tesis es aplicable al ordenamiento español, equiparando la reserva de dominio a la prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, en cuanto el bien sería de propiedad del comprador y el vendedor tendría sobre ella un derecho real de índole pignoraticia que garantizaría su crédito.

Sobre la base de estas elaboraciones se ha desarrollado[28] un planteamiento según el cual debe distinguirse entre la reserva de propiedad y la reserva de dominio, ya que debe reconocerse que la reserva de dominio es un derecho peculiar, que tiene un típico contenido de garantía. Queriendo expresar el fenómeno en términos más ceñidos a su efectiva naturaleza, puede decirse, sin más, que el vendedor conserva un típico derecho real de garantía. En el lenguaje corriente tal derecho encuentra una denominación específica propia como "reserva de dominio".

De otro lado, la posición del comprador se presenta con los riesgos, los deberes, las facultades y los poderes que caracterizan la propiedad: falta solamente la limitación conexa a la garantía que compete al vendedor. Resulta congruente admitir que el comprador es ya propietario, porque el concurrente derecho del vendedor representa una limitación en función de garantía, que es compatible con la titularidad y el ejercicio del derecho de propiedad.

5) Venta de otro derecho

El artículo 1470º del Código Civil italiano dispone que la venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una

27 Cita de Mariano Alonso Pérez, *op. cit.*, p. 366.
28 Massimo Bianca C., *op. cit.*, p. 530.

cosa "o la transferencia de otro derecho" contra la compensación de un precio.

El jurista italiano Bocchini[29] plantea que el pacto de reserva de dominio es conciliable con la transferencia de un derecho distinto a la propiedad contra el respectivo pago de una suma de dinero.

Esta posición tiene un interés histórico para nosotros pues el artículo 1556° del Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Reformadora establecía que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de un bien, "u otro derecho", y el comprador se obliga a pagarle un precio cierto en dinero.

Al amparo de este dispositivo se habría podido sostener una tesis similar a la de Bocchini.

Sin embargo, la Comisión Revisora modificó el artículo 1556° del citado Proyecto, suprimiendo la expresión "u otro derecho", con lo cual la compraventa sólo es apta para la transferencia del derecho de propiedad.

6) Posición personal

Pienso que la solución del problema relacionado con la naturaleza de la compraventa con reserva de propiedad, que es la denominación dada por el sub-capítulo II del Capítulo que versa sobre los pactos que pueden integrar la compraventa, debe ser encontrada a la luz de las disposiciones de nuestro Código Civil y, en especial, del contrato de compraventa.

En efecto, el propósito de este cuaderno no es elaborar una construcción jurídica que permita solucionar idealmente los problemas teóricos a que da lugar un pacto tan complejo como es el de la reserva de propiedad, prescindiendo del tratamiento que le ha dado nuestro ordenamiento legal, sino encontrar una explicación razonable a la fórmula utilizada por este ordenamiento.

Sobre la base de las ideas matrices que Lohmann[30] extrae del texto del artículo 1583° del código civil puede hacerse el siguiente análisis de dicho texto.

---

29 Fernando Bocchini, *op. cit.*, p. 293.

30 Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, **Temas de Derecho civil**, Universidad de Lima, Lima, 1991, p. 238.

a) La reserva de propiedad es un pacto que puede integrar el contrato de compraventa.

b) En virtud de dicho pacto, el vendedor se reserva la propiedad del bien materia del contrato.

c) El bien es entregado al comprador, quien responde de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.

e) La reserva dura hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él.

f) El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Conviene analizar a través de que teoría pueden lograrse todas las características antes relacionadas.

a) De acuerdo con el artículo 1529° del código civil, por el contrato típico de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. La obligación de transferir la propiedad al comprador se cumple mediante la entrega del bien, tratándose de muebles, y la concurrencia del artículo 949° del mismo código, en el caso de inmuebles. La obligación de pagar el precio se cumple ejecutando íntegramente el pago.

Se ha visto que la reserva de propiedad no es un contrato *sui generis*, distinto de otros contratos típicos o atípicos, sino un pacto accesorio al contrato de compraventa que le confiere determinado efecto, sin alterar su naturaleza. La reserva de dominio, dada su accesoriedad al contrato de compraventa, solo opera en el ámbito de este contrato.

La condición, por su parte, es también un elemento accesorio del acto jurídico que no modifica su naturaleza, sino que se limita a suspender o resolver su eficacia. No existe inconveniente conceptual, pues, para que la reserva de propiedad juegue el rol de una condición impuesta al contrato de compraventa.

b) El rol fundamental del contrato típico de compraventa, su verdadera razón de ser, es la transferencia de la propiedad del bien del vendedor al comprador. Así lo dice el artículo 1529° del código civil.

El pacto de reserva de propiedad frustraría esta finalidad de la compraventa si el efecto del pacto fuera absoluto, esto es si impidiera definitivamente la transferencia de la propiedad al comprador, desde que la compraventa dejaría de ser un contrato traslativo de dominio, con lo cual dejaría, en verdad, de ser una compraventa.

Sin embargo, el artículo 1583° del código civil pone claramente de relieve que la reserva de propiedad no tiene vocación de permanencia pues debe terminar bien sea cuando el comprador pague el precio o una parte convencionalmente determinada de él, o bien, aunque no lo diga, cuando deje de ser reserva por resolverse el contrato de compraventa.

Sabemos que el pago del precio no es un acto potestativo del comprador, sino que está obligado a ello por ser la ejecución de una prestación mediante la que se cumple una de las dos principales obligaciones que surgen de la celebración del contrato de compraventa: la de pagar el precio en dinero. Si el comprador no cumple oportunamente esta obligación, puede el vendedor pedir alternativamente la realización del pago o la resolución del contrato por incumplimiento.

Sin embargo, no existe inconveniente jurídico para que el pago del precio, sin perder su obligatoriedad, sea diferido en el tiempo, bien sea postergando su ejecución en el futuro o bien fraccionándola en varios plazos sucesivos.

Por otro lado, si bien la obligación de transferir la propiedad se produce normalmente con la celebración de la compraventa, tampoco existe inconveniente para postergar esta obligación a una oportunidad futura.

En estas condiciones, el pacto de reserva de propiedad, tal cual está regulado por el artículo 1583° del código civil, no desnaturaliza el contrato de compraventa sino le imprime únicamente un rasgo especial, limitando uno de sus efectos.

Cabe preguntarse ¿hace bien el artículo 1583° del código civil al hablar de "reserva de la propiedad"?

Lohmann[31], después de analizar el artículo 923° del código civil que define la propiedad, considera que el vendedor con reserva de propiedad carece de los poderes inherentes a ella, como son usar, disfrutar y disponer y sólo ostenta un reducido derecho opositorio que a duras penas puede calificarse de reivindicatorio. Por ello, plantea que se use la denominación de "reserva de dominio", que sugiere el peculiar señorío jurídico que mantiene el vendedor para sí, pero sin que ello implique la plena conservación de todos los atributos inherentes a la propiedad.

31 Ibidem, p. 241.

Sin embargo, parece que no puede hacerse una separación tajante entre "propiedad" y "dominio".

Arias-Schreiber[32] cita la opinión de Ricardo Ruiz Serramalera según la cual "dominio y propiedad han sido utilizados unas veces como sinónimos y otras con significación diferente, en el sentido que la primera es el género y la segunda es la especie. Si alguna diferencia pudiera establecerse es que entre una y otra expresión no estaría representada por la extensión de su respectivo contenido, sino que solo estaría matizada por la perspectiva desde la que se contempla el poder y señorío que representa el derecho. Visto desde el ángulo objetivo de la ley, la propiedad constituye una relación jurídica caracterizada por su valor patrimonial o económico, visto desde el ángulo subjetivo de la persona, el dominio representa la potestad que sobre la cosa tiene el titular. Elegir uno cualquiera de estos dos términos es, en todas las ocasiones, más una cuestión de preferencia que una decisión lógica, si se tiene en cuenta que, en general, interesa más aquella relación objetiva que este aspecto subjetivo. Cuando se estudia teóricamente el contenido y el comportamiento de un derecho determinado, parece que es aconsejable utilizar con preferencia la palabra propiedad".

De acuerdo con el Diccionario de Derecho usual[33] sin escrúpulos pueden emplearse como sinónimos "propiedad" y "dominio", y así se advierte en las leyes que también alternan los términos de sus titulares (propietario y dueño). Empero, reconoce que algunos autores como Gregorio López y otros antiguos consideraban más extenso el "dominio" que la "propiedad". Contrariamente, los autores modernos (Azcaráte, Viso, Marfa) sostienen que a la voz "propiedad" debe dársele un sentido genérico, que incluya todas las relaciones jurídicas de esa naturaleza, lo mismo la totalidad de ellas que cada una en particular; mientras que el "dominio" tiene un sentido específico que denota el conjunto de esas relaciones cuando está indiviso.

Por su parte, Castan[34] opina que, entre dominio y propiedad, no hay diferencias de extensión y contenido y que debe eliminarse una

32 Max Arias-Schreiber Pezet, ***op. cit.***, Tomo IV, p. 165.

33 Guillermo Cabanellas, ***op. cit.***, voz "Propiedad", Tomo VI, p. 463.

34 Mateo Goldstein en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, voz "Dominio", Driskill S.A., Buenos Aires, 1993, Tomo IX, p. 326.

disputa bizantina alrededor de un asunto que carece de verdadero contenido jurídico y legal.

Comprendo la preocupación de Lohmann porque, efectivamente, el derecho que se reserva el vendedor no reúne todos los requisitos que el artículo 923° del código civil atribuye a la propiedad pero, por otro lado, ante la incertidumbre respecto a las diferencias entre "propiedad" y "dominio", pienso que no vale la pena sustituir una expresión por la otra pues con ello no se gana en precisión.

Quizá la mejor redacción del artículo 1583° del código civil hubiera sido que puede pactarse que el comprador no adquiere la propiedad del bien hasta que se haya pagado el precio, con lo cual se permitiría inferir que no adquiere todos los atributos de la propiedad, algunos de los cuales se reservaría el vendedor.

La finalidad de la reserva de que trata el citado artículo 1583° es permitir al vendedor, mediante la respectiva acción resolutoria, recuperar absoluta e inmediatamente el bien en caso de incumplimiento del comprador en el pago puntual del precio.

Lo único que falta resolver es la razón por la cual se pacta la reserva de propiedad.

La teoría del derecho real de garantía pretende justificar la reserva de propiedad argumentando que ésta cumple el rol de una garantía real, semejante a la prenda sin desplazamiento posesorio, constituida sobre el bien para asegurar el pago total del precio. En realidad, nuestro ordenamiento no permite una construcción de tal naturaleza, dado el *numerus clausus* de los derechos reales. Por otro lado, tal como dice Alonso[35], garantía real y reserva de dominio son instituciones incompatibles, incluso contradictorias, pues si el vendedor se reserva la propiedad del bien, aunque muy debilitada, ya no podemos decir que se la traspasamos al comprador y sobre la misma constituimos un derecho real de garantía sin desplazamiento en beneficio del vendedor.

Tampoco la teoría de la reciprocidad de las prestaciones resuelve el problema. Esta teoría no explica cómo, si la deuda del precio se va reduciendo por razón de las amortizaciones que haga el comprador, la prestación recíproca, constituida por la reserva de propiedad, se mantenga incólume hasta el pago total del precio.

35 Mariano Alonso Pérez, *op. cit.*, p. 368.

En cambio, según se verá más adelante, no existe inconveniente para que la transferencia de la propiedad esté condicionada suspensivamente al pago del precio.

c) La tercera peculiaridad del contrato de compraventa con reserva de propiedad según nuestro código civil es que, no obstante que el vendedor se reserva la propiedad del bien, éste es entregado al comprador para su uso y disfrute.

El artículo 1583° del código civil dice que la reserva de propiedad opera aunque el bien haya sido entregado al comprador, lo que podría entenderse en el sentido que la entrega no es un requisito para que se configure al compraventa con reserva de propiedad.

Sin embargo, tal interpretación sería equivocada. Como bien dice León Barandiarán[36] comentando el artículo 1427° del código civil de 1936, la utilización del giro "aunque la cosa hubiera sido entregada al comprador" no debe inducir a equivocación: siempre como condición inherente al pacto, debe ser entregada la cosa al comprador. Sostiene Rivera[37], con toda razón, que la entrega del bien vendido al comprador constituyen una vez perfeccionado el contrato de venta con reserva de dominio, un requisito esencial de la misma. La función económico-jurídica de la venta a crédito así lo exige.

El efecto peculiar de esta entrega es que –no obstante que según la teoría del título y el modo cuando se ha celebrado el contrato de compraventa, que es el título de adquisición, la entrega del bien mueble al comprador es el modo de adquirir su propiedad- en la compraventa con reserva de propiedad el vendedor efectúa la entrega del bien, conservando la propiedad del mismo.

Surge la primera duda respecto al rol que juega la entrega si es que ella deja de ser el modo de adquirir la propiedad –desde que el vendedor la conserva-. Una explicación plausible es la dada por Rezzonico[38] quien dice que mientras no se cumpla la condición suspensiva –o sea el pago total del precio- y aunque la cosa se entregue al comprador bajo esa condición, éste solo tiene la "tenencia y facultad de usarla", pero no la posesión plena –entendida como el ejercicio de un poder

36 José León Barandiarán, ***op. cit.***, Tomo I, p. 77.

37 Manuel Rivera, ***op. cit.***, p. 82.

38 Luis María Rezzonico, ***op. cit.***, Tomo I, p. 405.

inherente a la propiedad (artículo 896º del código civil) - pues reconoce el dominio del vendedor: tiene el *ius possessi* (posesión de hecho, sin ser propietario, pero con justo título), pero no el *ius possidendi* (derecho de poseer, como facultad inherente al derecho de propiedad).

Esta explicación está orientada a esclarecer el hecho de que mediante la condición suspensiva de transferir el dominio, que no significa el condicionamiento de la compraventa en sí, se frustre el efecto de la compraventa según la teoría del título y el modo que es, precisamente, que la entrega sea el modo de adquirir la propiedad. Resulta, pues, que la entrega no se efectúa para hacer propietario al comprador, sino para permitirle el uso del bien, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento.

Los autores tratan de explicar el título en virtud del cual la entrega el bien concede la posesión del mismo al comprador, e invocan para ello la situación de comodatario, arrendatario, administrador, precarista, depositario, o alguna otra análoga. Pienso que no es necesario recurrir a otras fuentes para justificar la naturaleza jurídica de la situación posesoria del comprador, pues para ello basta la existencia del contrato de compraventa con reserva de propiedad. Es en virtud de la celebración de este contrato y de la consiguiente entrega obligatoria del bien al comprador que se constituye la posesión del mismo por el comprador.

Sin embargo, este resultado sólo puede lograrse a través de una condición que se limite a suspender el efecto propio de la entrega que genera la perfecta ejecución de la teoría del título y el modo aplicada al contrato de compraventa: la transmisión de la propiedad. De esta manera, la compraventa con pacto de reserva de dominio produciría todos los efectos de la compraventa respecto tanto a las obligaciones del vendedor –inclusive la entrega- cuanto a las obligaciones del comprador, con excepción de la obligación de transferir al comprador la propiedad del bien, que queda suspendida hasta que este pague la totalidad del precio.

La primera dura que surge es saber si se puede condicionar solo la producción de uno de los efectos del acto jurídico, dejando incondicionados los demás. En otras palabras, si es posible que la condición no recaiga en el acto jurídico como tal sino en uno de los elementos de la relación jurídica creada por él.

Según Vidal[39] la condición es un hecho futuro e incierto que arbitrariamente y por la sola voluntad de los declarantes se incorpora al acto jurídico, el que le queda supeditado en cuanto a la producción de sus efectos. Parecería, pues, que la condición afecta la totalidad de los efectos del acto jurídico.

Sin embargo, dado que la condición depende del arbitrio del declarante no existe inconveniente conceptual alguno para que ella no subordine todos los efectos del acto jurídico sino solamente determinados de ellos. No es que todo el acto jurídico pierda eficacia, desde que es posible que esta ineficacia sea parcial, o sea limitada a un determinado efecto.

Al respecto, Albaladejo[40] admite que la condición puede alcanzar una cláusula singular del contrato, de manera que se quiera en parte puramente y en parte bajo condición. Galgano[41], por su lado, afirma que la autonomía contractual permite someter a condición suspensiva alguna cláusula y no otras y, en particular, la obligación de una parte y no la obligación de la otra, eventualidad en la cual aquella obligación existirá pero no producirá efecto alguno hasta la ocurrencia de la condición. Entre nosotros, Lohmann[42] reconoce que es función propia de la condición suspender o resolver todos o algunos de los efectos del negocio.

De acuerdo con esta doctrina cabe admitir, pues, que solo la obligación de transferir la propiedad del bien mediante su entrega quede sometida a la condición suspensiva de pagarse íntegramente el precio. Tal como dice López de Zavalía[43], con esta concepción el bien debe ser entregado, pero la entrega que se verifica no es traslativa de propiedad, ya que la transmisión del dominio queda subordinada a la condición suspensiva de que se pague el precio. Según esta tesis, el contrato de compraventa es **incondicionado**, y lo único condicionado es la transmisión del dominio.

---

39 Fernando Vidal Ramírez, *op. cit.*, p. 236.

40 Manuel Albadadejo, **Derecho civil**, Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, Volumen II, p. 188.

41 Francesco Galgano, **El negocio jurídico**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 156.

42 Juan Guillermo Lohman Luca de Tena, **El negocio jurídico**, Editora Jurídica Grigley, E.I.R.L., Lima, 1994, p. 294.

43 Fernando J. López de Zavalía, *op. cit.*, Tomo I, p. 258.

Aun admitiendo esto surge una segunda duda, esta vez relacionada con la posibilidad de que el pago del precio, que es uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa, sea considerado como una condición de la transferencia de la propiedad.

Los elementos del acto jurídico se clasifican en esenciales, naturales y accidentales. Son elementos esenciales aquellos elementos sin los cuales el acto jurídico no podría **existir**, o no podría tener **validez**; por ejemplo, la declaración de voluntad, el objeto. Se consideran elementos naturales aquellos elementos que son consecuencia de la celebración de cada acto jurídico, o sea los que no siendo esenciales del acto, se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusula especial; por ejemplo, el saneamiento por evicción y vicios ocultos, la gratuidad en el depósito. Son accidentales los elementos que, no obstante no existir naturalmente en el acto jurídico, son susceptibles de ser agregados para modificar los efectos normales del acto jurídico; por ejemplo, la condición, el plazo.

Tratándose del contrato de compraventa, sus elementos esenciales especialísimos son la estipulación del bien materia de la transferencia de propiedad y del precio pagadero en dinero. En estas condiciones, sostiene Bocchini[44], no es posible que el precio, y por tanto su pago, que representa un elemento esencial del contrato de compraventa, pueda representar contemporáneamente el objeto de un elemento accidental de dicho contrato.

Sin embargo, lo que es elemento esencial del contrato de compraventa es la existencia del precio, que puede ser determinado o determinable, pero no su pago, que sólo constituye la ejecución de la prestación en que consiste la obligación respectiva. Una vez establecidas las obligaciones de transferir la propiedad del bien y de pagar su precio en dinero, el contrato de compraventa queda celebrado incondicionalmente, aun cuando el efecto traslativo de propiedad que normalmente corresponde a la entrega en la compraventa quede condicionado al pago total del precio. Debe tenerse presente que el pago del precio, si bien no es meramente potestativo del comprador desde que está obligado a hacerlo por razón de la celebración de la compraventa, puede ser futuro e incierto.

44 Fernando Bocchini, *op. cit.*, p. 297.

Podría objetarse que de acuerdo con el artículo 172° del código civil, es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

En el caso de la reserva de propiedad la condición suspensiva no sólo no es, como se acaba de ver, meramente potestativa sino tampoco depende de la voluntad del deudor.

En efecto, debe tenerse presente que en este caso el acreedor de la obligación condicionada es el comprador, desde que mediante el pago del precio adeudado, que es la condición suspensiva, él va a adquirir automáticamente el derecho a la propiedad del bien. Como bien dice Messineo[45], no es nula la asunción de la obligación si depende de la voluntad (aun mera) del acreedor (esto es de aquel a cuyo favor se asume el deber de cumplimiento).

Cabe, por lo tanto, admitir que la teoría de la condición suspensiva ofrece una respuesta adecuada al problema a la entrega del bien sin transmitir su propiedad.

El artículo 1583° del código civil prescribe, como se ha visto, que el comprador asume los riesgos de pérdida del bien o deterioro desde el momento de su entrega.

Tratándose del contrato de compraventa típico, el artículo 1567° del código civil dispone que el riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de la entrega.

Puede observarse que ambas reglas son iguales, no obstante que en la compraventa típica la entrega, al menos en el caso de los bienes muebles, es el modo de transferir la propiedad, mientas que en la compraventa con reserva de dominio la entrega, como se ha visto, no transmite la propiedad, que queda reservada al vendedor.

Se han dado diversas razones para justificar la solución dada por el artículo 1583° del Código Civil peruano, cuyo antecedente inmediato es el artículo 1523° del Código Civil italiano.

En primer lugar, observa Oertman[46] existe un "clarísimo motivo de política jurídica: el comprador, a pesar de la reserva, tiene ya la posesión y las utilidades de la cosa, puede con más facilidad que nadie

45 Francesco Messineo, **Doctrina general del contrato**, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1948, Tomo I, p. 198.

46 Cita de Manuel Rivera, ***op. cit.***, p. 74.

prevenirla contra los peligros, y así lo hará, si se establece la transmisión del riesgo, por un fundado egoísmo, con mucho más cuidado y energía que si ningún perjuicio pudiera prevenirle de la inutilidad de la defensa de la cosa".

Por otro lado, destaca Alonso[47], que "si el comprador, por la tradición posesoria, usa, goza y hasta abusa de la cosa sin que haya abonado el precio en su totalidad, parece normal que soporte el *periculum*".

Finalmente, Garrigués[48] sostiene que "el paso del riesgo no se opera por la transmisión de la propiedad, sino simplemente por el hecho de la puesta a disposición del comprador".

Estas razones justifican la solución dada por el artículo 1583° del código civil. Cabe destacar que tal justificación no obedece a que la naturaleza de la compraventa con reserva de propiedad requiera necesariamente que el comprador asuma el riesgo de la pérdida o deterioro del bien, pues con similar razón pudo haberse dado la solución opuesta, o sea que el vendedor, como propietario del bien, soporte el riesgo de su pérdida, sino constituye una solución de equidad.

d) La cuarta característica de la compraventa con reserva de propiedad es que dicha reserva dura hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él. Si bien es frecuente que se estipule que el traslado de la propiedad al comprador solo se efectúe cuando el precio haya sido íntegramente pagado, no existe inconveniente alguno para pactar que es suficiente pagar una proporción determinada del precio para que se deje sin efecto la reserva de propiedad. En tal sentido, la condición suspensiva estaría limitada al pago de la parte del precio que las partes hayan fijado.

e) La quinta y última particularidad de la compraventa con reserva de propiedad es que, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo 1583° del código civil, el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

Sostiene Lohmann[49] que no debe decirse que se adquiere el "derecho a la propiedad" ya que, a su entender, lo que de verdad se adquiere

47 Mariano Alonso Pérez, *op. cit.*, p. 373.

48 Joaquín Garrigues, **Curso de Derecho Mercantil**, Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo II, p. 83.

49 Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, *op. cit.*, p. 246.

al acabar de pagar es el definitivo derecho de propiedad, que el vendedor deberá perfeccionar.

De acuerdo con el artículo 1529º del código civil, por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien. Lo que se adquiere por la compraventa es, pues, el "derecho a la propiedad" del bien. El definitivo derecho de propiedad se transfiere mediante el modo de adquirir, que está constituido por la entrega, en el caso de bienes muebles, y por la concurrencia del artículo 949º del código civil, en el caso de bienes inmuebles. Tratándose de la compraventa con reserva de propiedad, el levantamiento de la reserva por razón del pago del precio da lugar a que el comprador adquiera el "derecho a la propiedad".

Es cierto, sin embargo, que en esta clase de compraventa es requisito indispensable la entrega al comprador del bien materia de la compraventa en el momento de celebración del contrato, por lo cual al acabar el comprador de pagar el precio ya se habrá producido la entrega y, por consiguiente, la obligación de transferir se habrá ya cumplido.

Según Bigio[50], quien adquiere el bien de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1583º del código civil, lo hace en forma automática. No se requiere declaración judicial, ni de declaración adicional del vendedor ni de sus herederos. Una vez que el comprador paga el precio o la cuota necesaria para la adquisición de la propiedad, es titular del bien con prescindencia de cualquiera de dichas declaraciones.

Esto guarda concordancia con la calidad de condición suspensiva que tiene el pago del precio, desde que una vez cumplida la condición el acto jurídico condicionado se convierte automáticamente en puro y simple (se "purifica"). Tal como dice Albaladejo[51], cumplida la condición suspensiva se producen *ipso iure* los efectos del negocio (acto jurídico).

Por la misma razón, debe entenderse que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos extranjeros, en el sistema peruano la adquisición del bien por el comprador se produce a partir del momento del pago de la última armada del precio, ya que de conformidad con

50 Jack Bigio Chrem, "Exposición de Motivos Oficial del Código civil" Separata Especial del diario oficial **El Peruano**, de 24 de marzo de 1990, p. 8.

51 Manuel Albaladejo, **El negocio jurídico**, Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 264.

el artículo 177° del código civil, la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

Por lo demás, tal como se dice en la Exposición de Motivos del artículo 1583° del código civil[52], se ha optado por la solución de que la adquisición de la propiedad por el comprador se produce con efecto retroactivo al momento del pago de la última armada del precio, debido a razones prácticas, tales como los inconvenientes que traería otorgarle retroactividad al momento de la entrega para efectos tributarios, adquisición de frutos por el vendedor, gravámenes constituidos por el vendedor, etc.

Debe tenerse presente que para que funcione el pacto de reserva de propiedad no se requiere necesariamente que el saldo de precio por pagar esté dividido en armadas o cuotas periódicas, bastando que dicho saldo sea diferido en el tiempo, aunque fuere en única solución.

El análisis que precede permite llegar a la conclusión que la teoría que mejor responde a la naturaleza de la compraventa con reserva de propiedad, tal como está legislada por el código civil, es la de la condición suspensiva, que es apta para cumplir las cinco características de este contrato.

Por otro lado, la función de la reserva de propiedad resulta estar limitada a garantizar al vendedor el cobro del precio mediante la retención del derecho de propiedad. Ninguna otra ventaja ofrece en comparación con una compraventa pura cuyo precio sea dilatado en el tiempo, pues en ambos casos deberá recurrirse a los mecanismos resolutorios.

Resolución del contrato

El hecho de la reserva de propiedad del bien por el vendedor no significa que éste, ante el incumplimiento del comprador en el pago de lo que falta del precio, tenga el derecho de recuperar *ipso jure* la posesión del bien, privando al comprador de su derecho al uso del mismo mediante una acción reivindicatoria. Para lograr este resultado se requiere que, previamente, se deje sin efecto el contrato de compraventa.

52 **Código civil: Exposición de Motivos y Comentario**, Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, Okura Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, p. 235.

La compraventa con reserva de propiedad, por ser una modalidad de la compraventa, es un contrato con prestaciones recíprocas.

En tal virtud, es de aplicación el artículo 1428° del código civil, según el cual en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

La resolución, cuyo resultado es dejar sin efecto el contrato, debe ser materia de pronunciamiento judicial salvo los casos de los artículos 1429° y 1430° del código civil.

En el primer caso, producido el incumplimiento del comprador en el pago del precio, el vendedor puede requerirlo mediante carta por vía notarial para que efectúe el pago, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quede resuelto. Si el pago no se efectúa dentro del plazo señalado, el contrato queda resuelto de pleno derecho, quedando a cargo del comprador la indemnización de daños y perjuicios.

En el segundo caso, puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando el comprador no cumpla con el pago puntual del precio. La resolución se produce de pleno derecho cuando el vendedor comunica al comprador que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

Para que el vendedor pueda recurrir al mecanismo resolutorio, si el pago del precio debe efectuarse por armadas en diversos plazos, se requiere, de conformidad con el artículo 1561° del código civil, que el comprador deje de pagar tres de ellas, sucesivas o no, caso en el cual el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al vendedor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

Sin embargo, el mecanismo resolutorio tropieza con el grave obstáculo colocado por el artículo 1562° del mismo código, según el cual en el caso del artículo 1561°, el vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio, siendo nulo todo pacto en contrario.

Realmente, la institución de la compraventa con reserva de propiedad parece perder todo interés con esta restricción por cuanto la resolución del respectivo contrato es la clave de todo el sistema. En efecto,

se ha visto que en caso de incumplimiento del comprador en el pago puntual del precio la única manera como el vendedor puede recuperar la posesión del bien es mediante la resolución de la compraventa. La aplicación de la regla contenida en el artículo 1562° del código civil determina que una vez pagada la mitad del precio, el comprador no podrá pedir la resolución del contrato, quedando limitado su derecho al cobro del precio adeudado.

Bigio[53] destaca que la Comisión Revisora del Código Civil fue consciente que la regla general del artículo 1562° de dicho código resta eficacia al pacto de reserva de propiedad si el comprador carece de bienes al momento del incumplimiento.

Relata el mismo jurista que durante los debates para la aprobación de este precepto y del texto del artículo 1562° del código civil se consideró la posibilidad de que la reserva de propiedad fuera una excepción a la regla general contenida en el artículo 1562°. En otras palabras, se discutió arduamente acerca de que la reserva de propiedad pueda permitir al vendedor la resolución por falta de pago, aunque el comprador haya pagado más del 50% del precio. Finalmente primó la tesis de dos miembros de la Comisión en el sentido que, de consagrarse la excepción, los contratantes burlarían la prohibición del artículo 1562° y harían de la compraventa con reserva de propiedad una práctica usual. De convertirse la compraventa con reserva de propiedad en moneda corriente, la generalidad de contratos estarían expuestos a la resolución por falta de pago.

> "El legislador ha expresado que muchas son las razones que han pesado para impedir que la compraventa con reserva de propiedad sea resuelta cuando el comprador ha pagado más del 50% del precio. La principal ha sido la de preservar el principio general contenido en el artículo 1562° del código civil, inspirado en el propósito de favorecer el acceso a la propiedad a sectores mayoritarios de la población. Además debe tenerse en cuenta que la única situación en la que el vendedor se encuentra menos protegido es aquella en la que el comprador ha pagado más del 50% del precio y no tiene bienes que respalden el cumplimiento

53 Jack Bigio Chrem, *op.cit.*, p. 9.

de su obligación. A ello debe agregarse que el vendedor ha podido solicitar garantías reales o una fianza; o también ha podido pactar una reserva de propiedad sujeta a la condición resolutoria del pago del 51% del precio y una hipoteca bajo condición suspensiva en virtud de la cual sólo regiría dicha garantía cuando el comprador pague el referido porcentaje".

Hay que advertir que la posición de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano no es singular. Considera Langle[54] que la aplicación general del mecanismo resolutorio a la compraventa a plazos con reserva de dominio en que el adquirente ya ha pagado la mayor parte o casi todo el precio produce verdaderas iniquidades. Cita, al respecto, los esfuerzos legislativos que se han hecho en Alemania, Austria e Italia para poner remedio a esta situación, consistentes principalmente en establecer límites mínimos a la suma de los pagos en retardo, superados los cuales la resolución no funciona.

Lohmann[55] se pregunta si el artículo 1562° del código civil es de preceptiva observancia en todas la modalidades de compraventa, o si, por el contrario, no rige para la reserva, inclinándose a pensar que dicho numeral también juega contra la reserva, pues nada figura en contrario. Comparto la opinión de este autor nacional, ya que la resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa con reserva de propiedad no es distinta de la resolución en otros casos de contratos de compraventa.

Desde luego, por constituir el artículo 1562° del código civil una excepción a la regla general del artículo 1428° del mismo código sólo funciona en el caso del artículo 1561°, o sea cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, no siendo de aplicación por analogía a casos diversos, de acuerdo con lo que dispone el artículo IV del Título Preliminar del Código en referencia. Por ejemplo, no funcionaría el artículo 1562° si se hubiera pagado al contado el 50% o más del precio y se hubiera diferido el pago del saldo total a una fecha futura, desde que no existen armadas pagaderas en distintos plazos.

54 Emilio Langle y Rubio, **El contrato de compraventa mercantil**, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 184.

55 Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, *op. cit.*, p. 256.

En principio no estoy de acuerdo con las normas legales que protegen el incumplimiento de las obligaciones imputable al deudor. Creo que debe fomentarse, en todo lo posible, el principio contenido en el artículo 1361° del código civil, según el cual los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y que sólo cabe dejar de lado esta regla en los casos de lesión o de excesiva onerosidad de la prestación.

Compensación por el uso del bien

El artículo 1426° del Código Civil de 1936, referente a la venta con reserva de propiedad, establecía que si el precio debiera ser pagado en cuotas sucesivas, los contratantes estipularían la parte del precio recibida que el vendedor puede hacer suya como indemnización de perjuicio en caso de rescindirse la venta por no haberse pagado totalmente el precio.

El Código Civil de 1984 no ha recogido esta norma considerando, posiblemente, que su artículo 1563° contempla una situación similar, aplicable a todas las modalidades de compraventa. Este artículo tiene la siguiente redacción:

> **Artículo 1563°**.- La resolución del contrato por incumplimiento del comprador da lugar a que el vendedor devuelva lo recibido, teniendo derecho a una compensación equitativa por el uso del bien y a la indemnización de los daños y perjuicio, salvo pacto en contrario.
>
> Alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido, aplicándose en este caso las disposiciones pertinentes sobre las obligaciones con cláusula penal.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de este artículo[56], resulta justo que el vendedor deba devolver al comprador la parte del precio que haya recibido, pues éste es el efecto normal de toda resolución por

56 Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, *op. cit.*, p. 223.

incumplimiento. Sin embargo, como el comprador ha tenido el uso del bien desde el momento en que se le entregó, también resulta justo que pague al vendedor una compensación equitativa por dicho uso, además de la indemnización de los perjuicios que le haya causado con su incumplimiento.

Comentando el artículo 1526° del Código Civil italiano, que constituye uno de los antecedentes del artículo 1563° del Código Civil peruano, dice Bocchini[57] que, contrariamente a lo que se piensa, esta norma está orientada a refrenar o contener la práctica contractual impuesta a los vendedores, por lo cual, en la hipótesis de resolución del contrato por incumplimiento del comprador, el vendedor tiene derecho a la restitución de la cosa y a retener las cuotas cobradas, a título de compensación por el uso de la cosa por parte del comprador.

Esta retención está limitada, de un lado, al importe necesario para repagar por el uso del bien realizado por el comprador y por el normal deterioro del mismo y, de otro lado, al eventual resarcimiento de los daños causados por el comprador al bien. De allí que el juez, según las circunstancias, puede reducir con criterio equitativo el monto de las cuotas pagadas retenidas por el vendedor a título de compensación.

Dice el artículo 1563° del código civil que, alternativamente, puede convenirse que el vendedor haga suyas, a título de indemnización, algunas de las armadas que haya recibido. Observándose que, a diferencia de la compensación equitativa por el uso del bien y de la indemnización de los daños y perjuicios, que funciona por mandato de la ley, en el caso de la retención a título de indemnización se requiere de un convenio entre el comprador y el vendedor para que éste haga suyas algunas de las armadas de precio que haya recibido.

Oposición del pacto a los acreedores

El primer párrafo del artículo 1584° del código civil establece que la reserva de propiedad es oponible a los acreedores del comprador sólo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo.

En virtud de la reserva de propiedad el vendedor conserva un dere-

57 Fernando Bocchini, *op. cit.*, p. 337.

cho real sobre el bien que puede oponer *erga omnes*, incluyendo los acreedores del comprador.

El artículo 1584° exige que la reserva conste por escrito, pero se refiere exclusivamente al documento probatorio para que la reserva sea oponible a terceros. La escritura no tiene relación con la validez ni eficacia de la reserva entre las partes, por lo cual puede estar contenida en una declaración bilateral sucesiva a la conclusión del contrato, siempre que la intención contractual se haya expresado unitariamente. En otras palabras, el contrato de compraventa con reserva de dominio, esto es incluyendo el pacto de reserva (recuérdese que debe ser contextual al contrato), puede ser celebrado verbalmente o de otra manera que no sea la escritura, pero se requiere que el pacto de reserva figure por escrito, para efectos probatorios.

Con la misma finalidad probatoria se exige que el documento escrito sea de fecha cierta anterior al embargo. El artículo 2704° del Código Civil italiano preceptúa que la fecha del documento privado cuya firma no ha sido autenticada no es cierta y computable respecto a terceros, sino desde el día en que el documento ha sido registrado o desde el día de la muerte o de la sobrevenida imposibilidad física de aquel que lo ha firmado o de uno de aquellos que lo han firmado, o desde el día en que el contenido del documento se reproduce en actos públicos o, finalmente, desde el día en que se verifica otro hecho que establezca de un modo igualmente cierto la anterioridad de la formación del documento.

No se requiere que la fecha cierta sea la de estipulación del contrato con pacto de reserva, sino simplemente, como lo dice el primer párrafo del artículo 1584° del código civil, que sea anterior el embargo.

De acuerdo con el segundo párrafo del mismo artículo, si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado.

Al respecto debe tenerse presente que el artículo 2019° del código civil dispone que son inscribibles en el registro de la propiedad inmueble los pactos de reserva de propiedad y de retroventa, agregando el artículo 2045° del mismo código que estos pactos son inscribibles en los registros de bienes muebles.

Según Bianca[58], la especial publicidad de la reserva de propiedad

58 Massimo Bianca C., *op. cit.*, p. 5541.

alcanzada a través de la inscripción en el respectivo registro excluye la posibilidad que el vendedor pueda ser perjudicado para la adquisición de un tercero. La buena fe del adquirente es irrelevante porque la inscripción está expresamente dirigida a resolver a favor del vendedor inscribiente el conflicto con los terceros, y esta solución tiene significado aún respecto a los adquirentes de buena fe.

Respecto a los adquirentes de mala fe se discute si la falta de registro determina que la reserva sea inoponible a estos adquirentes. La mejor doctrina opina que el vendedor con reserva de propiedad no podría oponer su título al tercero adquirente de mala fe por cuanto el sistema delineado en el segundo párrafo del artículo 1584º implica desapego al principio que disciplina la adquisición *a non domino* de los bienes muebles.

Prueba del derecho de reserva de propiedad frente a terceros

El vendedor que ejercita el derecho de reserva de propiedad debe probar el hecho constitutivo, esto es la estipulación del pacto.

En cambio, el vendedor no tiene a su cargo la prueba de la falta de pago del precio.

Transferencia por el comprador

Se discute en doctrina si el comprador puede transferir el bien a un tercero.

Si bien se justifica que el comprador no pueda transferir a un tercero la propiedad del bien, desde que no la tiene, en cambio no es objetable que el comprador transfiera sus derechos sobre el bien, que son, sustancialmente, el de uso del bien y el de adquirir la propiedad del mismo cuando se termine de pagar el precio.

Para este último efecto será necesario realizar la correspondiente cesión de derechos.

El arrendamiento-venta

El artículo 1585° del código civil dispone que las disposiciones de los artículos 1583° y 1584° son aplicables a los contratos de arrendamiento en los que se convenga que, al final de los mismos, la propiedad del bien sea adquirida por el arrendatario por efecto del pago de la merced conductiva pactada.

La doctrina francesa conoce desde antiguo la figura del arrendamiento-venta, según la cual los vendedores a plazos han convertido esa operación en un arrendamiento acompañado de una venta a término; el comprador figura como arrendatario que adquirirá el bien cuando haya pagado cierto precio, debiendo deducirse. Señalan Planiol y Ripert[59] que los vendedores, ante el temor de que se pudiera sostener que la operación encubierta tras el arrendamiento es en realidad una venta traslativa de propiedad, han admitido que el comprador estará obligado a pagar un precio ligeramente superior al total de los alquileres; de esta suerte la venta queda notoriamente distinguida del arrendamiento, a pesar de la unidad del contrato.

Comentando el último párrafo del artículo 1526° del Código Civil italiano, que constituye el antecedente inmediato del artículo 1585° del Código Civil peruano, dice Capozzi[60] que con esta norma el legislador ha resuelto un viejo problema, nacido sobre todo en la doctrina francesa, relativo a la considerada locación con fines de venta, "respecto a la cual se han propuesto varias construcciones (locación acompañada de promesa de venta, venta sujeta a condición, venta sujeta a termino, contrato mixto) ha configurado, pura y simplemente, el instituto **como compraventa con reserva de propiedad.**

En otras palabras, agrega, si Tizio conviene que pagará por diez años a Cayo, propietario del departamento "A", el canon mensual de un millón de liras por el uso del departamento y las partes establecen, al mismo tiempo, que al décimo año, si Tizio cumple con el pago, devengará, automáticamente en propietario, el contrato, aunque configurado impropiamente como locación, será, en la realidad jurídica y en la consiguiente disciplina, una venta con reserva de propiedad. La

59 Marcel Planiol y Georges Ripert, **Tratado práctico de Derecho civil francés**, Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo X, p. 235.

60 Guido Capozzi, ***op. cit.***, p. 130.

citada norma no ha, de este modo, querido extender la disciplina de la compraventa con reserva de propiedad a un contrato con contenido diverso sino ha querido reconocer que la llamada locación con fines de venta tiene sustancialmente la naturaleza de compraventa y como tal es calificada y regulada.

Cabe destacar, por último, que tal como dice Arias-Schreiber[61] no debe confundirse esta figura con el arrendamiento financiero o *leasing*, contemplado por el artículo 1677° del código civil y por el Decreto Legislativo N° 299, pues su naturaleza y alcances son diferentes.

61 Max Arias-Schreiber Pezet, ***op. cit.***, Tomo II, p. 121.

La Transacción

Felipe Osterling Parodi[1]
Mario Castillo Freyre

¿Se puede hablar de un medio idóneo de extinción de obligaciones?

Al iniciar nuestros comentarios acerca de la transacción como medio extintivo de las obligaciones, es preciso tener en claro los atributos de las demás figuras extintivas, ya que la transacción reviste mayor complejidad y riqueza, por lo que suele ser objeto de confusión y, eventualmente, de conceptos erróneos.

No obstante esta afirmación, no caeremos en el lugar común de sostener que la transacción constituye (después del pago, en estricto) la figura extintiva más relevante, pues todos los medios extintivos tienen igual importancia, como también ocurre con los contratos de toda clase. La mayor o menor complejidad, así como la mayor o menor frecuencia en su empleo, no hacen a una figura o institución necesariamente más o menos importante que las demás, puesto que en el momento y caso específico en que es necesaria y se acude a ella, en ese preciso instante esa es la más importante de todas, ya que en principio ninguna otra podría cumplir sus objetivos concretos. Cualquier modo de realizar actos jurídicos al amparo de la autonomía privada reviste, en todos los casos, el mayor interés.

1 Los autores agradecen a la doctora Roxana Jiménez Vargas Machuca por su valiosa colaboración.

Si bien se considera que el pago es el medio extintivo de las obligaciones idóneo por excelencia, y hasta se le reputa como el más importante, en realidad solo lo es en términos relativos, por implicar que la prestación objeto de la obligación se ejecuta de acuerdo a los términos convenidos originalmente, lo que determina la extinción de la relación obligatoria. Decimos que sólo en términos relativos el pago constituye el medio de extinción ideal, porque muchas veces a una de las partes o incluso a ambas les es más conveniente recurrir a otro tipo de solución.

En efecto, no es extraño que varíen las circunstancias entre la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución. Estas circunstancias pueden corresponder tanto al ámbito personal de los propios contratantes, como a situaciones externas que influyan directamente sobre la relación contractual habida entre ambos. Y no nos referimos únicamente a la imposibilidad de cumplimiento[2] o a los supuestos que conducen a una excesiva onerosidad de la prestación[3], sino a que las partes decidan que un cambio es necesario o deseable dentro de lo acordado. O que en términos del análisis económico del Derecho, sea más ventajoso incumplir (teoría del incumplimiento eficiente), es decir, que el «rompimiento» del contrato se considere más eficiente que su cumplimiento en los casos en que el costo exceda los beneficios de su cumplimiento para todas las partes involucradas. Esto ocurre cuando surge una contingencia (inesperada, por cierto) que cambia la situación de tal forma que los recursos necesarios para cumplir la prestación sean más valiosos en otro uso alternativo. Este no constituirá un modo formal de extinción de obligaciones, pero se trata de una fuente de las

2 Artículo 1431° del Código Civil.- «En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.
Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.»

3 En nuestro ordenamiento civil, si en los contratos conmutativos de ejecución continuada, en los contratos conmutativos de ejecución inmediata (cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella), o en los contratos aleatorios (cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato), la prestación llegase a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada tiene la facultad de solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Pero si esta solución no fuera posible debido a la naturaleza de la prestación, a las circunstancias, o si lo solicitara el demandado, el juez puede decidir por la resolución del contrato.

obligaciones (es el caso de que la parte prefiera asumir la responsabilidad derivada de su incumplimiento, resarciendo a su contraparte, que cumplir la obligación, lo cual le resultaría menos beneficioso) que, finalmente, conducirá a una extinción de las obligaciones originalmente creadas por contrato.

De igual forma, una persona puede considerar más provechoso, satisfactorio o deseable (las razones son de toda índole) no recibir la contraprestación que se le adeuda, y por ello condonar la obligación de su deudor (naturalmente con asentimiento de éste) en lugar de hacer efectivo el pago. En este caso, tal vez el más extremo dentro de los modos de extinción de obligaciones (por romper con la estructura del *synallagma* y desigualar las prestaciones), resulta que no es el pago el modo idóneo, sino exactamente lo opuesto, vale decir, el no pago.

Por ejemplo, el pago se vuelve un pésimo modo de extinción cuando se dan los requisitos necesarios para oponer una compensación. Precisamente la compensación tiene como finalidad evitar un inútil doble pago, así como cumplir una singular función de garantía.

Y hablando de inutilidad e ineficiencia y, desde luego, de imposibilidad en los modos de extinción de las obligaciones, el ejemplo más claro es el de la consolidación. Suponer que el pago podría ser adecuado en este contexto sería simplemente irracional.

En cuanto a la novación (particularmente en su aspecto objetivo, ya que el subjetivo es poco frecuente), ella constituye una de las figuras de mayor uso en la práctica, a pesar de que cuando se presenta, con mucha frecuencia pasa inadvertida para las partes. Por tal circunstancia, muchas veces no existe conciencia por la sociedad en general sobre la importancia de este medio extintivo y, a la vez, creador de obligaciones.

Por otro lado, es evidente que el mutuo disenso en ciertos casos constituye la solución ideal para los contratantes, ya que ocasionalmente el pago recíproco podría ser perjudicial para ellos.

Resumiendo, a pesar de que con frecuencia hemos oído decir que el pago, en estricto, es el modo «idóneo» de extinción de obligaciones, en el terreno práctico no hay un solo modo idóneo de extinción de obligaciones, salvo el que corresponda a cada caso en particular. Afirmar lo contrario determinaría, por ejemplo -y en un plano analógico-, que pudiera considerarse al contrato de compraventa como más idóneo que el contrato de obra o que el contrato de hospedaje.

Estas reflexiones iniciales obedecen a que continuamente se someten las figuras del Derecho a comparaciones entre sí, y consideramos que resulta oportuno zanjar esta cuestión, ya que de existir -en cualquier ámbito- una figura idónea, las demás no tendrían razón de existir, y eso, a todas luces, constituiría una falacia.

Importancia de la transacción

La transacción, como mencionamos al inicio de este trabajo, es una figura bastante compleja, tal vez la más compleja dentro de los modos de extinción de obligaciones. Comentaremos acerca de su importancia en la vida práctica, además de las doctrinas que la han delimitado, su tratamiento en el Código Civil y sus relaciones y regulación en el Código Procesal Civil.

No dudamos en afirmar que la importancia práctica de la transacción es enorme, puesto que no sólo se trata de un medio extintivo de obligaciones, sino que comprende aspectos particulares que la delimitan como una de las figuras más ricas y complejas de nuestro ordenamiento jurídico. Su utilidad, por otra parte, ha venido siendo asumida por la sociedad en general, ya que las personas suelen recurrir a la transacción para solucionar sus controversias.

Todos conocemos la antigua y siempre vigente frase «Más vale un mal arreglo que un buen juicio». Ignoramos sus orígenes; es más, tal vez resulte imposible determinarlos. Pero de lo que sí estamos seguros es que quien la pronunció por primera vez debe haber conocido lo complejo, costoso e incierto de un proceso judicial.

Y aunque el verdadero Derecho, el Derecho vivo, se halla en el sistema judicial, ya que es ahí donde se administra justicia, lamentablemente en sociedades tan grandes, dinámicas, pluriculturales y heterodoxas, este importantísimo órgano se encuentra singularmente recargado y con frecuencia no responde a los requerimientos y demandas privadas. Es por ello que cobra utilidad e importancia, cada vez con mayor ímpetu, la transacción.

No obstante que hasta en este mismo siglo se ha considerado como poseedora de un toque de distinción a aquella persona de clase socio económica alta (segmento «A», como hoy en día se le denomina) que se mantenía como litigante (lo cual elevaba su *status*), en términos

generales todos saben -y sabían- que un proceso judicial implica sacrificios económicos muchas veces no recuperables, y particularmente el gasto más oneroso: el tiempo. Por otro lado, es vocación de la gran mayoría de seres humanos convivir de manera pacífica, lo que se perturba con la proliferación de litigios. Dentro de esta situación de conflicto y disputa, no sólo se ve afectado el patrimonio de los litigantes, sino en ocasiones hasta su salud física y mental. Finalmente, cabe la posibilidad de que una de las partes (o incluso ambas) queden insatisfechas con los resultados del proceso.

La transacción en materia procesal no sólo ayuda a las partes a solucionar sus diferencias en un juicio, sino también en un arbitraje, al cual hubieran podido recurrir, justamente en la búsqueda de obtener justicia de un modo más expeditivo. Sin embargo, los gastos en que incurren las partes no distan mucho en uno y otro caso, ya que por lo general tanto los honorarios profesionales de los árbitros miembros del tribunal arbitral como los gastos administrativos de la entidad encargada de organizar y supervisar el arbitraje, son considerables.

Como es evidente, el malestar de las partes se origina cuando éstas se encuentran en abierta discrepancia sobre algún tema o problema relativo a sus relaciones civiles, comerciales o de cualquier otra índole. A ambas les resulta conveniente -en muchos casos- solucionar sus diferencias de una manera amistosa y responsable, lo que ocurrirá con mayor frecuencia cuando las dos tengan claro que les asiste recíprocamente algo de razón, y que en un proceso judicial o arbitral una de ellas podría resultar victoriosa en un cien por ciento, lo cual implicaría una situación de pérdida absoluta para la otra. De esta forma, muchas veces puede resultar más sensato transigir antes que optar por la vía del proceso judicial o arbitral.

Asimismo, en términos generales, la transacción constituye un componente altamente relevante en la vida diaria de los seres humanos, entendida en un sentido que excede la acepción estrictamente jurídica de la palabra. La cotidianeidad en términos sociales implica que cada uno de nosotros transija permanentemente, al tolerar conductas o comportamientos de aquellas personas que nos rodean o con quienes tenemos que tratar o convivir. Siendo el hombre un ser básicamente social, no hacerlo lo obligaría a recluirse en una especie de voluntario ostracismo. No hay transacciones ni Derecho en la isla de Robinson. Vivimos transando y porque transamos sobrevivimos.

El propósito del legislador de 1984 de robustecer la transacción, dándole un tratamiento detallado, ha sido facilitar a las partes un medio adecuado para solucionar sus diferencias, es decir, que la transacción constituya uno de los mecanismos ágiles de solución de conflictos sin la intervención de los tribunales de justicia. Por medio de la transacción las partes «se dictan su propia sentencia», ahorrándose los costos (de toda índole) que implica un proceso.

Atendiendo a estas razones de celeridad, economía y eficiencia, el actual código amplió el ámbito de la transacción, y de esta forma se ha abierto la posibilidad para que las partes resuelvan sus diferencias, siendo lo más resaltante el que puedan comprender en la transacción a todas sus relaciones jurídicas, sean o no extrañas a la controversia y aun cuando fueren pacíficas. Cabe destacar que se ha otorgado mérito ejecutivo a la transacción celebrada fuera de juicio.

Un aspecto primordial lo constituye el hecho de que la ley peruana no admite la lesión en la transacción, en caso que hubiese desproporción entre las concesiones recíprocas, puesto que no se exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. De esta forma se impide que lo perseguido con esta figura (evitar que un juicio se promueva o prosiga) se pierda por la vía de la lesión, ocasionando a la larga mayores inversiones en tiempo y dinero, y obstaculizando que se cumpla el cometido de la transacción. Según el razonamiento del legislador peruano, admitir la lesión en estos casos importaría reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieran las partes para arribar a la transacción. Sin embargo, tal como se verá más adelante, hay lugar a abrir una discusión sobre los alcances y pertinencia de la prohibición a que estamos haciendo referencia.

Otro cambio introducido en mérito a la importancia de la transacción dentro de las relaciones civiles es el haber atenuado el requisito de forma necesario para su celebración, el cual en el código vigente es que ella conste por escrito (bajo sanción de nulidad), sin requerirse la formalidad de la escritura pública, considerada por algunos autores como *ad solemnitatem*, que exigía el Código Civil de 1936.

La doctrina francesa de los exégetas reputaba a este contrato como uno de los más útiles entre aquellos establecidos en el Código (*Codex*) de Justiniano y en el *Corpus Iuris Civilis*, debido a que gracias a él los procesos podían evitarse o terminar amablemente, y así los asuntos que envolvían los intereses más discordantes y ardientes llegaban a resolver-

se con sentimientos pacíficos. El principio que justifica la existencia de la transacción se reduce, pues, al beneficio de la paz y la tranquilidad, la cual se pierde en los procesos tormentosos: *Melior est certa pax quam sperata victoria.* Por ello es que las leyes le reconocen una autoridad semejante a la judicial.

A decir verdad, la importancia de la transacción es enorme, ya que se extiende, como hemos señalado, a todas las esferas privadas cotidianas, comerciales y hasta al Derecho Internacional, pues los tratados y acuerdos internacionales (en particular los de paz) son verdaderas transacciones en las que los países, luego de delinear los intereses comunes y determinar los asuntos en conflicto, abandonan o suavizan sus posiciones originales y realizan concesiones recíprocas, y así solucionan sus discrepancias.

El Código Civil chileno, en el artículo 246°, define a la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o previenen un litigio eventual. Sobre la trascendencia de la transacción en ámbitos mayores a éste, Alvaro Ortúzar Santa María[4] señala que la transacción no se distingue sólo por ser un contrato de carácter privado, como tantos otros que reglamenta el código civil, ni tampoco su único objeto es terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. En realidad, la transacción es en el fondo un significativo gesto de paz, cuya esencia consiste en aceptar, recíprocamente, parte de una pretensión contraria que en principio se rechazaba por injusta, irracional o falsa, obteniendo, a cambio, certeza jurídica y estabilidad permanentes.

El citado profesor pone énfasis en el ambiente psicológico especial en el que se forma el consentimiento necesario para dar vida a la transacción, el cual por cierto es muy distinto al ambiente que se respira al demandar judicialmente. Las partes habían evolucionado interiormente a un estado de anormalidad en las relaciones humanas como es el de beligerancia, lo cual exige, desde luego, realizar una calificación jurídica de los hechos que motivan la controversia y, en seguida, una calificación moral o ética de la conducta de la otra parte. Sólo después de ello se demanda o se está decidido a demandar. Y ocurre que la tran-

4 Alvaro Ortuzar Santa María. "Nulidad del Contrato de Transacción en Materia Civil": En: Enrique Barros Bourie. **Contratos.** Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 23 y 24.

sacción detiene ese proceso y lo transforma en un gesto de paz, donde la voluntad avanza en forma inversa a su dirección original, hasta terminar por aceptar parte de lo que antes se repudiaba por injusto, irracional o falso.

A modo de resumen, diremos que la transacción es un contrato cuya finalidad es resolver un conflicto por las propias partes mediante concesiones recíprocas. Entonces, su incidencia se encuentra en dos niveles: en la forma y en el fondo. A nivel formal, la transacción, siendo un contrato, apunta mucho más a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir, a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de paz y armonía.

Etimológicamente, la palabra «resolver» proviene del latín *resolvere*, que significa aclarar, solucionar, solventar. Y es ésa la finalidad primordial de la transacción: resolver uno o varios problemas que se han suscitado entre las partes. Y tal búsqueda de soluciones al conflicto implica un ánimo que da pie a las concesiones recíprocas, ya que de lo contrario, existiendo conflicto y ninguna intención de ceder, no hay cabida a transacción alguna; las partes en ese caso preferirían iniciar o continuar con la disputa judicial. Recordemos que un factor importante que inclina la balanza hacia la decisión de intentar transar, lo constituye la dosis de incertidumbre en el futuro.

Cada una de las partes, por su propia cuenta, realiza su personal análisis costo-beneficio respecto de lo que implica conservar el problema, llevarlo a los tribunales, continuar el proceso ya iniciado, o procurar arribar a una transacción (lo que implica ceder en algunos aspectos), etc. Dentro de las variables que manejan las partes en este análisis se encuentran las leyes, los informes de los respectivos abogados, los informes de peritos (especialistas), el seguimiento estricto de los requisitos procesales de forma, la jurisprudencia, la doctrina, así como afrontar gastos, demoras, malos ratos, temores y, muy especialmente, la terrible incertidumbre acerca del fallo de los tribunales. A menos que una de las partes tenga la «absoluta certeza» de ganar el juicio[5], es decir, que

5 Estamos colocando el supuesto en sentido figurado, ya que nunca se puede tener, en estricto, la «absoluta certeza» de que se va a ganar un juicio, pues numerosos factores están

carezca del elemento de incertidumbre, o que el problema tenga un trasfondo de índole personal[6], lo más probable es que ambas prefieran, por considerarlo más eficiente, llegar a un acuerdo.

Es entonces cuando las partes deciden buscar entre ellas mismas la solución a su controversia. En el manejo y desarrollo de sus conversaciones conducentes a encontrar una salida pacífica al conflicto conjugarán los elementos antes mencionados, además de sus intereses concretos, sopesando la ubicación y trascendencia de cada uno hasta que se arribe a la fórmula de satisfacción mutua en que la controversia se acabará definitivamente.

Para concluir este tema señalaremos que, en síntesis, la esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente judicialmente, la misma que las partes deciden llevar a término en forma definitiva. De esta manera, encausan su voluntad a esa finalidad a través de concesiones recíprocas. Esta última característica, a saber la voluntad de prevenir o terminar un litigio judicial, traducida en concesiones recíprocas, es lo que distingue a la transacción, no solamente de los demás modos de extinción de obligaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación.

Concepto

La Real Academia de la Lengua Española[7] define a la transacción como «acción y efecto de transigir», y por extensión «trato, convenio, negocio».

supeditados al fallo, entre otros, la probanza. Por otro lado, hay una antigua máxima que reza «en un juicio no basta tener la razón sino que te la quieran dar».

6 Aunque aun en este caso es difícil que la parte que se siente más «segura» se encuentre en condiciones de afrontar el gasto mayor de un procedimiento judicial, que está constituido básicamente por la prolongada demora en el tiempo.

7 Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la Lengua Española**, Tomo II, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1984, p. 1330.

Transigir[8] se define como «consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia». También como «ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.»

De este mismo parecer es Guillermo Cabanellas[9], quien define a la transacción, en su primer significado, como «concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia.»

El Código Civil peruano de 1984 también adopta un concepto restringido de transacción, pues cuando utiliza este término se refiere a un medio extintivo de obligaciones, y no lo emplea en su acepción más amplia, esto es como negocio o acuerdo entre las partes.

La transacción ya existía en el Derecho romano y su denominación actual deriva del verbo latino *transigere*, que significa arreglar una controversia, o concluirla de común acuerdo de partes. Aunque, como hemos ya expresado, en el sentido vulgar se aluda con el vocablo «transacción» a toda clase de convenciones, en su significado jurídico estricto, coincidente con su etimología, se designa al acto jurídico cuya finalidad inmediata es la de extinguir obligaciones o relaciones jurídicas litigiosas o dudosas.

El artículo 832° del Código Civil argentino define a la transacción como «un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas». Luis de Gásperi[10], comentando este precepto, el mismo que fue inspirado en la obra de Aubry y Rau y en el artículo 1196° del Proyecto de Freitas, manifiesta que se resiente de la insuficiencia que se ha hecho notar en el artículo 2044° del Código Civil francés, en cuanto limita los fines de la transacción a extinguir obligaciones litigiosas ya nacidas o a precaver litigios eventuales[11].

8 En América Latina se utilizan indistintamente como sinónimos los términos transigir y transar, siendo esta última palabra también parte de la Lengua Española (Real Academia de la Lengua Española. *Op. cit.*, Tomo II, pp. 1330 y 1331).

9 Guillermo Cabanellas. **Diccionario Enciclopédico de Derecho usual**, Tomo VIII, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982, pp. 163-165.

10 Luis De Gasperi. **Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino**, Tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1945 a 1946, pp. 213-214.

11 Este autor considera que la transacción podría (y debería) tener por objeto no sólo

En su acepción cotidiana, la palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones. Como manifestamos al inicio de este trabajo, se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la Bolsa, de transacciones financieras, de la industria o del comercio, etc. Pero en su sentido jurídico, si bien en cuanto al fondo hay identidad en la definición, la palabra transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver mediante concesiones recíprocas (a las que el argentino Joaquín Llambías denomina «intercambio de sacrificios o renunciamientos»), sobre un asunto dudoso o litigioso, es decir, llegar a un acuerdo en que ambas partes se sientan satisfechas para obtener la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente. En otras palabras, la transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales específicas a su caracterización, además de las que son comunes a cualquier acto jurídico.

Estas características particulares son la objeción sobre la relación jurídica (como el profesor brasileño Levenhagen llama a los asuntos dudosos o litigiosos) y las concesiones mutuas o recíprocas. Ambas características constituyen el eje sustancial (y no meramente formal) de la figura.

Hay códigos civiles que plasman este aspecto. Por ejemplo, el Código Civil alemán (BGB) es bastante expresivo al mencionar el factor incertidumbre sobre su relación jurídica, elemento sustancial para entender el concepto e importancia de la transacción[12]. Asimismo, el Código Polaco de las Obligaciones también incide sobre este aspecto psicológico, crucial para la existencia de la transacción[13].

Podemos concluir que por medio de la transacción, las partes transforman un *status* jurídico inseguro por otro seguro, a través de sus mutuas concesiones.

---

relaciones jurídicas obligatorias, sino también las reales, familiares o sucesorias que estén dentro de las facultades de disposición de las partes, y puede además mirar a su reconocimiento y cumplimiento. De esta forma no podrá, desde luego, transigirse sobre la existencia o validez del matrimonio, materia ajena a las facultades de disposición de los particulares.

12 En su artículo 779°, el BGB define a la transacción como un acuerdo por el que se termina por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho.

13 En su artículo 621°, el Código Polaco de las Obligaciones establece que las concesiones recíprocas pueden tender a concluir un litigio existente, prevenir un litigio a producirse, suprimir la incertidumbre respecto de las pretensiones derivadas de una relación jurídica o asegurar su realización.

Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica de la transacción, existen tres posiciones que intentan explicarla en función del ángulo desde el que la enfocan. Una primera considera que es un contrato o una convención; una segunda estima que se trata de un acto jurídico bilateral; y una tercera, a la que se adhiere el Código Civil peruano de 1984, la ubica como un medio extintivo de obligaciones.

(a) La transacción como contrato.

Parte importante de la doctrina y de la legislación[14] de nuestra tradición jurídica considera a la transacción como un contrato, sujeto a las disposiciones de carácter general que rigen a éstos (la capacidad, el objeto, el modo, la forma, la prueba y la nulidad).

En general se concuerda, sobre este punto, que el origen de la transacción como contrato se encuentra en el artículo 2044° del *Code*, norma positiva que la define como un contrato en el que se da una renuncia recíproca de las partes. No se trata de una renuncia simple, ni de un desistimiento, ni de una condonación, sino de un sacrificio mutuo de las partes respecto a sus pretensiones, es decir, de concesiones recíprocas. De esa forma, la transacción no es otra cosa que un contrato consensual, bilateral (es decir, sinalagmático), declarativo y no traslativo de derechos, indivisible (no admite nulidades parciales) y que en cierta medida participa de los caracteres de la cosa juzgada.

Pero es conveniente anotar que su verdadero origen se remonta a los romanos, para quienes las concesiones recíprocas eran un requisito de adquisición de un derecho indiscutible mediante la transacción (*transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minime procedit*)[15].

14 A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes códigos: el francés (artículos 2044° a 2058°), el alemán (artículo 779°), el polaco de las Obligaciones (artículo 621°), el italiano de 1942 (artículo 1965°), el venezolano de 1942 (artículos 1713° a 1723°), el mexicano de 1927 (artículo 2944°), el uruguayo (artículo 2147°), el chileno, el boliviano de 1976, el Proyecto de Reforma Argentino de 1936, etc.

15 Recordemos que el concepto de sinalagma proviene de la filosofía griega, como premisa primordial de la justicia conmutativa, la misma que formaba parte del concepto de justicia particular que concibió Aristóteles. Los romanos tomaron este y otros conceptos, como sabemos, de las concepciones griegas de justicia.

Quienes ubican a la transacción dentro de los contratos y no dentro de los modos de extinción de las obligaciones, señalan que la transacción no se limita a esta última función, sino que, por el contrario, puede tener por objeto que las obligaciones se cumplan y reconozcan. Y en este punto no les falta razón.

Sin embargo, el definir a la transacción como un contrato en algunos casos ha sido dejado de lado, como en Argentina. Así, el Proyecto de la Comisión Argentina de Reformas al Código Civil, en su artículo 1342°, ubicaba a la transacción como un contrato, pero Vélez Sarsfield, influido por la autoridad del Código Austríaco (artículo 1380°), del Landrecht Prusiano, y del Proyecto de Freitas (artículo 1196°), se apartó de aquel método. Siguiendo la línea de aquéllos, es decir, concibiendo a la transacción como un acto jurídico (cuya noción va más allá que la del contrato), Vélez Sarsfield la ubicó inmediatamente después de la confusión (para nosotros consolidación), entre los modos de extinción de las obligaciones, aunque no de todas ellas sino de las de carácter dudoso o litigioso.

Para Luis De Gásperi[16], quienes sostienen que la transacción es algo más que un modo de extinguir obligaciones tienen razón; pero no la tiene menos el Código de Vélez Sarsfield en cuanto la define como acto jurídico, que siendo una idea más general y más amplia que la de contrato, no impide que lo sea. Pero este autor considera tal vez un exceso de ambigüedad situarla como un acto jurídico, ya que la transacción reviste carácter netamente contractual y, por tanto, debe ocupar lugar entre las figuras de este género[17]. Lo mismo opina respecto de la novación, la que debería ubicarse entre los contratos extintivos, como la renuncia y la rescisión. Para el profesor De Gásperi, estos cambios convendrían a la economía de un código.

Vemos que tales consideraciones están provistas de buenos argumentos, ya que las concesiones recíprocas implican renuncias recíprocas de derechos, de donde se desprende su carácter sinalagmático: una de las partes es titular de un derecho dudoso o litigioso, y hace aban-

16 Luis De Gasperi. *Op. cit.*, Tomo III, pp. 214 y ss.

17 Señala De Gásperi que si lo que se promete a cambio del derecho renunciado es una suma de dinero o una parte alícuota de las cosas litigiosas, el contrato será conmutativo. Si, en cambio, lo que se promete depende de un suceso fortuito, como una renta vitalicia, la transacción será aleatoria, porque el valor del derecho renunciado será incierto.

dono o condonación parcial o total; la otra parte, quien se ve beneficiada por esta concesión, en virtud de la reciprocidad (o sinalagma) se obliga a cumplir una prestación determinada (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, o una combinación de éstas) en beneficio de la primera. Y como contrato sinalagmático, la obligatoriedad de cada prestación está en función del cumplimiento de la otra parte. Es así como la pretensión renunciada o condonada se encuentra expuesta a la *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, subsiste en tanto la prestación prometida a cambio no sea cumplida.

El tratadista alemán Karl Larenz[18] sostiene que la modificación de una relación obligatoria puede tener lugar también por medio de una transacción, ya que éste es un contrato por el cual se elimina, por medio de recíprocas concesiones, el litigio o la inseguridad (si bien solamente entre los interesados) acerca de una relación jurídica. La relación jurídica controvertida puede ser una relación obligatoria u otro tipo de relación jurídica (como por ejemplo un derecho real, o una pretensión de derecho sucesorio), siempre que los participantes en ella puedan disponer de la misma. Larenz, sin embargo, limita a aquellas transacciones que afectan a la relación obligacional; puede decirse que toda relación de deuda -e igualmente las pretensiones individuales derivadas de las mismas- puede ser objeto de transacción cuando acerca de ella se origine un litigio o una incertidumbre.

Expresa Larenz que mediante la transacción se crea nueva base de acción judicial; pero esto no significa extinción de la relación obligatoria preexistente y que una nueva venga a ocupar su lugar; por lo tanto, la transacción no persigue -salvo que las partes lo hayan estipulado expresamente- una sustitución de deuda (novación), sino que permite la coexistencia de la relación jurídica preexistente, regulándola de nuevo tan sólo en aspectos particulares, como por ejemplo, si las partes llegan a un acuerdo acerca de la cuantía discutida de un crédito existente entre ellas, caso en el cual subsisten los derechos de garantía que originariamente se establecieron; también subsisten ulteriormente, en cuanto sea posible, las excepciones que mediante la transacción no hayan quedado extinguidas.

18 Karl Larenz. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp.136-139.

Estima Larenz que la transacción pertenece a los «negocios declarativos», cuya finalidad es hacer segura e incontestable entre las partes una situación jurídica controvertida e insegura[19].

Para este profesor alemán, la transacción aparece entonces como un contrato de modificación (se trata de una disposición conjunta de ambas partes sobre la relación obligatoria como un todo), con la finalidad de eliminar un litigio o una incertidumbre y, por tanto, desde un punto de vista formal es de carácter único o predominantemente «declarativo». Como contrato de modificación, actúa inmediatamente sobre la relación de deuda reformada, transformándola.

Larenz reconoce que el punto de vista que expone no es el de la doctrina dominante, la cual construye a la transacción estrictamente como un contrato obligatorio, que en forma alguna crea o incluye actos dispositivos. De ahí que no modifique la relación de deuda, sino que únicamente obligue a ello a las partes, las cuales han de efectuar «actos de ejecución» necesarios, por ejemplo, declaraciones de reconocimiento o renuncia. Ciertamente -a decir de Larenz-, estos negocios de ejecución, en cuanto no requieran forma alguna, podrán ser efectuados juntamente con la transacción, aunque sea lógico distinguirlos de la transacción propiamente dicha, que como tal, es sólo el «fundamento jurídico» de los negocios de disposición que de ella se separan o derivan y mediante los que se altera la relación jurídica. Larenz considera erró-

19 Puede ocurrir que el deudor reconozca el crédito discutido o incierto, ya en toda la cuantía afirmada por el acreedor o en otra inferior; el acreedor en el primer caso tal vez consienta en un aplazamiento del pago o aumente su contraprestación, pero en el segundo caso renunciará al excedente que en principio exigió (mediante el llamado «reconocimiento negativo»). Por lo tanto -opina Larenz-, la transacción contiene, en la mayoría de los casos, aunque no necesariamente, un reconocimiento por una de las partes o por ambas. En estos supuestos no se trata, por regla general, de un reconocimiento abstracto en el sentido del artículo 781º del B.G.B., que tal vez tuviera un significado completamente novatorio, sino de un reconocimiento «causal»: la deuda reconocida en transacción conserva su carácter anterior (por ejemplo, como débito del precio de la compraventa, o en concepto de mutuo). No surge ninguna nueva obligación ni junto a la existente ni en su lugar, pero cuando la deuda anterior no consistía en la cuantía ahora reconocida, el reconocimiento produce, no obstante lo dicho, efecto creador de la obligación. Y, a la inversa, si el acreedor se da por satisfecho en la transacción con una suma inferior a la efectivamente debida con anterioridad, hay en su reconocimiento («negativo»), una renuncia y, por lo tanto, una disposición sobre su derecho. Por consiguiente, la alteración de la anterior relación obligatoria se verifica o por medio de ampliación o limitación del deber de prestación, por nueva fijación de su vencimiento, aceptación de deberes adicionales o renuncia de derechos accesorios (por ejemplo, al derecho de rescisión), variando su contenido originario por medio de la transacción.

neo tal desdoblamiento de un negocio jurídico concebido como unitario por las partes. A su parecer, los partidarios de esta construcción olvidan que en el instituto del contrato de modificación tenemos la posibilidad de que las partes reformen directamente el contenido de la relación obligatoria y la reglamenten de nuevo, y cabalmente es éste también el resultado de la transacción.

Para Larenz, en suma, la transacción según su sentido rectamente entendido no solamente obliga a las partes a realizar la correspondiente modificación de la relación obligatoria por actos ulteriores, sino que esta modificación (en tanto los acuerdos adoptados se desvíen efectivamente de la situación jurídica precedente) se produce además también directamente, pues la cantidad sobre la que las partes han transigido es la adeudada en adelante, aunque con anterioridad se debiere una mayor o menor.

Esta visión de la relación obligatoria como un todo y no fraccionadamente, sobre el cual se realiza la transacción también como un todo (así las disposiciones necesarias a tal fin -reconocimientos, remisiones-, como la eventual aceptación de obligaciones accesorias, están contenidas también en la transacción, sin que para ello se requieran especiales «actos de ejecución»), es bastante interesante y, a nuestro entender, acertada, ya que de lo contrario cabrían impugnaciones parciales respecto de cada concesión, complicando aún más la relación jurídica, y esto, a todas luces, resultaría peligroso y no conduciría a esta figura a su razón de ser: solucionar conflictos armoniosamente.

Por su parte, Luis María Rezzónico[20], refiriéndose a la naturaleza de la transacción, apunta que el artículo 832º del Código Civil argentino señala que ella es un acto jurídico (porque tiene por objeto extinguir obligaciones), y bilateral (porque requiere concesiones recíprocas, es decir, concurso de voluntades). Pero este autor considera que su naturaleza es contractual, debido a que el propio Código Civil argentino la remite, en su artículo 833º[21], a los contratos. Además, siguiendo la

20 Luis María Rezzónico. **Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil**, Volumen II, Ediciones De Palma, 1961, pp.1026-1027.

21 **Artículo 833º del Código Civil argentino**.- «Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre contratos, respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título.»

pauta de identificar la voluntad del legislador, para lo cual se remonta al *Code*, Rezzónico recuerda que Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, entre otros, opinan que la transacción presenta los caracteres de un verdadero contrato, porque ella tiene por objeto regular los derechos de las partes.

En efecto, por las razones señaladas, podríamos concluir que la transacción es un contrato, ya que presenta características no sólo afines, sino identificables con éste: es consensual (se celebra mediante el acuerdo libre y voluntario de las partes); es bilateral, porque impone a las partes obligaciones recíprocas (sinalagmático); es a título oneroso (conmutativo o aleatorio, según los casos, por lo mismo que es sinalagmático); finalmente, es formal, puesto que su existencia depende de la observancia de la forma prescrita (*ad solemnitatem*).

Alterini, Ameal y López Cabana[22], al referirse a la naturaleza jurídica de la transacción, expresan que si bien algunos autores, guiados por la definición de contrato que proporciona el artículo 1137° del Código Civil argentino, la consideran como un contrato, otros, como Lafaille, opinan que es una convención, puesto que el contrato sólo sería la convención que «crea» obligaciones, de modo que no podría admitirse el carácter de contrato para la transacción que las extingue.

Los autores citados estiman que hasta donde la ley ilustra no cabe duda que estructuralmente la transacción es un acto jurídico bilateral; pero al buscar nuevas características a la figura, se hallan frente a la controversia acerca del concepto que se adopte para el contrato o para la convención, a fin de establecer si cabe en uno u otro grupo.

Refieren además que el problema ofrece dificultad ya que, a veces, la transacción, bajo el mismo ropaje del acto, no se limita a extinguir obligaciones, sino que vuelve a crearlas: se pueden extinguir obligaciones litigiosas o dudosas y, al mismo tiempo, crear obligaciones nuevas; caso en el cual podrá concurrir la naturaleza extintiva de la transacción con la naturaleza del contrato que pueda crearse, pero esa yuxtaposición no va a afectar en definitiva su verdadera esencia.

Como sabemos, siguiendo la línea conceptual de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la clasificación de los contratos de acuerdo a su función, estos pueden ser (a) constitutivos; (b) reguladores; (c)

22 Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. **Curso de Obligaciones**, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p.351.

modificatorios; y (d) extintivos. La transacción, entonces, sería un contrato que estaría destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, naturaleza contractual que se deriva claramente de la lectura de los artículos 1302° y 1351° del Código Civil peruano. Constituye, además, la penúltima forma de extinción de las obligaciones que consigna el Código Civil de 1984.

Decimos que la transacción es un contrato creador, regulador, modificatorio o extintivo de obligaciones, por cuanto por esta vía las partes pueden solucionar sus diferencias, ya sea creando obligaciones distintas a las anteriormente contraídas, o regulando, modificando o extinguiendo las ya existentes, con el propósito de que con las precisiones que se efectúen se superen los problemas que amenacen conducir a un proceso judicial o a la continuación del mismo[23].

(b) La transacción como acto jurídico.

Hay autores para quienes la transacción difiere en su naturaleza a la del contrato, debido a que, al igual que la novación y el pago, constituye un acto jurídico bilateral cuyo fin es la liberación. Es decir, se trata de una convención liberatoria y no de un contrato, ya que extingue obligaciones, en lugar de hacerlas contraer (que es el efecto propio de un contrato). De esta forma podría mantenerse para el contrato el carácter de fuente específica y principal de los derechos creditorios (para quienes sustentan la doctrina impugnada, la transacción forma parte de los contratos consensuales, a título oneroso y sinalagmáticos). Son de esta opinión los profesores Llerena, Colmo, Lafaille, Levenhagen y Boffi Boggero, entre otros.

Para Levenhagen[24], si bien la naturaleza jurídica de la transacción encuentra en la doctrina y en el mismo Derecho internacional fuerte antagonismo, él considera que no obstante exigirse, para su existencia legítima, los mismos elementos imprescindibles que para los contratos

23 Sabemos que al decir «regular» un contrato no se está incluyendo o abarcando la idea de «modificarlo», puesto que la regulación carece del alcance que significa cambiar lo existente. La modificación implica pues un cambio en lo establecido por contrato entre las partes, pero debemos tener presente que este cambio no es total sino solamente parcial, y hasta cierto punto accesorio (pues no se altera lo sustancial).

24 Antonio José de Souza Levenhagen, ***Direito das Obrigaçoes***. Editora Atlas S.A., Sao Paulo, 1978, p. 164.

(como la capacidad, objeto lícito, consentimiento válido, etc.), otras condiciones especiales deben integrarla, y entonces siendo un acto jurídico, no puede ser incluida entre las formas de contratos, pues éstos crean obligaciones, y la transacción apenas adecúa situaciones en cuanto a derechos ya existentes, ya creados[25].

(c) La transacción como medio extintivo de obligaciones.

Como sabemos, la transacción no es regulada por el Código Civil peruano como un contrato o como un acto jurídico bilateral (en estricto), sino como una de las formas de extinción de las obligaciones, al igual que el Código Civil de 1936, el cual modificó en este punto al Código Civil de 1852, que la colocaba dentro de los contratos.

El argumento en que se basó la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852 para optar por este cambio consideraba que al ser la transacción el acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, entonces no se trata propiamente hablando de un contrato sino de un verdadero modo de extinguir obligaciones[26]. Es decir, la transacción es contrato en la medida que representa el resultado de la concordia de las voluntades, pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorias preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones. Se identificó, pues, como momento preponderante de la transacción al extintivo de las obligaciones, por lo que se consideró más adecuado ubicarla en ese rubro que en el de los contratos.

El doctor León Barandiarán compartía ese planteamiento[27]. Las razones esgrimidas por este tratadista enfocaban el tema desde el mismo ángulo, es decir, que si bien la transacción era abordada por la generalidad de los cuerpos legales como un contrato, había códigos

25 El Código Civil Brasileño no incluye a la transacción dentro del capítulo de los contratos, pero esto no obsta para que numerosos autores de ese país la califiquen como tal, no con el objeto de asegurar derechos o de extinguirlos, sino de consolidarlos, de defenderlos de la incertidumbre.

(26) Para esta Comisión, la transacción es inclusive un modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se pueden extinguir derechos reales y derechos hereditarios.

(27) José León Barandiarán. **Comentarios al Código Civil Peruano**. Tomo II, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, pp.555-556.

(Austria, Argentina y Brasil) que ya la legislaban como un medio de extinguir las obligaciones, debido a que en realidad este último carácter es el resaltante en ella[28]. Y añadía que de acuerdo con ese criterio, se llegaba a la conclusión de que no podía reputarse a la transacción como un contrato *stricto sensu,* porque un contrato crea derechos y obligaciones. En cambio, la transacción sólo es declarativa de derechos.

La Comisión Revisora del Código Civil Peruano[29], ubicando a la transacción como un medio de extinción de obligaciones, de la misma forma que el Código anterior (1936), siguió el siguiente razonamiento: primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto; de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas[30]. De otro lado, y aquí radica su base diferencial, la transacción es una forma de extinguir obligaciones, porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la transacción. Los argumentos, pues, son similares a los que impulsaron al legislador del Código de 1936 a colocar a la figura en este rubro. Se trata de focalizar su ámbito de aplicación. Así nos apartamos de las soluciones legislativas consagradas por los códigos civiles de Francia, Italia, Holanda, España, México, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Alemania y Obligaciones de Polonia.

Salvat[31], al abordar el efecto extintivo de la transacción, señala que el mismo ha sido consagrado por el Código Civil argentino en los

28 Según el doctor León Barandiarán, si se considera a los contratos en su sentido más amplio, la transacción podría ser calificada como tal; pero en realidad, de esta forma se mengua la verdadera importancia de la transacción, que es, en el fondo, la búsqueda de la reconciliación entre las partes.

29 Comisión Revisora del Código Civil Peruano. Jack Bigio Chrem. "La Transacción. Exposición de Motivos del Código Civil". Separata Especial del diario oficial **El Peruano**. Lima, lunes 3 de diciembre de 1990, p.5.

30 Este razonamiento procede de una lógica limpia: la naturaleza contractual de la transacción se desprende de la definición que el artículo 1351° del Código Civil establece del contrato. Entonces, siendo el contrato el acuerdo de dos partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, la transacción se encuadra dentro de los alcances de esta definición. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302° del Código Civil, según el cual se admite que la transacción pueda crear, regular o modificar relaciones diversas de las que son objeto de controversia.

31 Raymundo M. Salvat. **Tratado de Derecho Civil Argentino**. Tomo II, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, pp.249-250.

siguientes términos: La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada (artículo 850º). *Ergo*, la transacción (tal cual resulta de los propios términos de la ley) produce como efecto fundamental y característico la extinción de los derechos y obligaciones que habían sido objeto de ella, es decir, de los derechos y obligaciones que las partes hubiesen entendido renunciar. En consecuencia, las partes no pueden en adelante exigirse nuevamente el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, porque la transacción hace entre ellas las veces de una sentencia. De esta forma, en lugar de ventilar la cuestión en un juicio o de esperar la sentencia judicial en su caso, las partes se dictan voluntariamente su propia sentencia. La importancia de la transacción queda resaltada, ya que con ella la cuestión queda definitivamente resuelta, porque de otro modo las partes podrían desconocer este principio y pretender renovar la discusión de la cuestión transigida. En cambio, ahora se puede oponer una excepción de transacción (*exceptio de litis por transactionem finitae*), análoga a la cosa juzgada, pero que no se identifica con ella. En suma, Salvat apunta a que transigido un juicio, no procede en adelante que en él se dicte sentencia, puesto que concluida la cuestión desaparece el caso judicial.

En opinión nuestra, la transacción es un acto jurídico (qué duda cabe) puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Asimismo, puede ser un contrato, por las mismas razones, por versar la transacción sobre relaciones jurídicas patrimoniales[32]. Ambos conceptos no son, pues, excluyentes sino complementarios.

Sin embargo, dado que esta figura supone una relación jurídica previa entre las partes, de la cual ha surgido algún asunto dudoso o litigioso, se trata que por medio de las concesiones recíprocas (que pueden desde luego crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aque-

32 En términos generales no se concibe una transacción que no verse sobre cuestiones de índole patrimonial, ya que los derechos u obligaciones extrapatrimoniales son intransigibles, particularmente los relativos al Derecho de Familia, pues estas áreas interesan al orden público. Pero en este último caso pueden darse excepciones, como la que prevé el sistema argentino en su artículo 843º, al permitir la transacción sobre cuestiones relativas a la validez o nulidad del matrimonio si tal transacción es en favor de su validez (la ley autoriza esta transacción con el fin de favorecer la institución matrimonial). En el Derecho Peruano, en cambio, sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

llas que han constituido objeto de controversia), se extingan obligaciones mutuas entre las partes. En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura, reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esa forma se zanja una discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica como un medio extintivo de obligaciones, lo cual, repetimos, no implica negarle su condición jurídica de contrato, ni mucho menos de acto jurídico.

Asimismo, la transacción debe reunir, en cuanto a su objeto, las mismas condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos, iguales a las previstas para los actos jurídicos en general. De acuerdo con este criterio, la transacción debe contener, como requisito de validez (además del agente capaz y la observancia de la forma prescrita), un objeto que sea posible, física y jurídicamente, así como un fin lícito. En consecuencia, la transacción precisa tener como objeto bienes que se encuentren en el comercio o, en todo caso, que la ley no haya prohibido transigir sobre ellos y, finalmente, que tal objeto sea determinado, es decir, preciso y cierto.

Asunto dudoso

Luego de haber analizado los aspectos generales de la transacción, esto es, su concepto y naturaleza jurídica, es momento de ingresar al estudio de sus principales características. Como por medio de la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso suscitado en su relación jurídica, debemos tener en claro qué significa un asunto dudoso y qué un asunto litigioso.

Dudoso es aquello "que ofrece duda", "que tiene duda", "que es poco probable, que es inseguro o eventual"[33]. Duda es la "suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia". También es una "cuestión que se propone para ventilarla o resolverla". Por último, dudar es "estar el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros".

33 Real Academia de la Lengua Española. *Op. cit.*, Tomo I, p. 518.

Dudoso también es "lo incierto. De verdad no comprobada. De insegura falsedad. De acierto o frustración no probados. De éxito muy problemático. De solvencia remota. De interpretación equívoca."[34].

Por su objeto, la transacción se circunscribe a las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, y así las prestaciones obligatorias que nacen de la transacción deben reunir los requisitos de formalidad, licitud o libertad, determinación, posibilidad (física y jurídica) y también de valor patrimonial o económico (el objeto de la transacción son los derechos patrimoniales, y sólo por excepción algunas cuestiones de índole extrapatrimonial que no alteran el orden público). Solamente en cuanto a la determinación del derecho a que se renuncia (la concesión que cada parte debe hacer) ya hay una diferencia sustancial entre la transacción y los otros contratos, ya que si la determinación del objeto es la regla general de todo contrato (no obstante puede existir un cierto grado de indeterminación respecto de su cantidad), la incertidumbre del derecho sobre el que recae la transacción (*res dubia*) constituye la esencia de ésta.

Basta, en consecuencia, que el asunto sea dudoso, sin que sea necesariamente litigioso. De mantenerse la duda, no es difícil que devenga (o degenere) en un asunto litigioso. En efecto, puesto que la transacción puede recaer sobre derechos y obligaciones meramente dudosos, no hace falta que haya pleito pendiente, sino que se dé el elemento de incertidumbre en la relación jurídica de las partes. Entonces las partes, si así libremente lo desean, pueden prevenir el eventual litigio por medio de la transacción.

Ahora bien, consideramos que es claro que si en el supuesto de existir un fallo judicial quedaran o surgieran dudas acerca del valor de lo juzgado, o existiese insatisfacción por ambas partes respecto de su sentido, no habría razón para que no pudiera realizarse una transacción sobre el mismo asunto ya juzgado y sentenciado. Evidentemente, ello es factible en la medida en que esta transacción no perjudicara el derecho de terceros.

Para Salvat[35], obligaciones dudosas son aquellas que las partes seria y sinceramente han considerado como tales. Entonces la palabra dudo-

34 Cfr. Guillermo Cabanellas. *Op. cit.* Tomo III, p. 340. Este mismo profesor señala que el término "duda" es una "Suspensión o indeterminación de la voluntad o del entendimiento entre varias decisiones o juicios, cuando no se halla estímulo o razón bastante para aceptar o

sa hay que tomarla en un sentido subjetivo y no objetivo; es decir, referirse a la opinión y al sentimiento de las partes mismas que realizaron la transacción, no a la opinión que pudiera formarse sobre el asunto un juez, un abogado más o menos ilustrado o cualquier otra persona. Aun cuando en la opinión del juez o del abogado la eficacia de una obligación no pudiera, en lo más mínimo, parecer dudosa, si las partes la han considerado seriamente como tal, habría transacción. Esto, según Salvat, se explica en que por una parte, los jueces o tribunales no tienen la misión de pronunciarse sobre cuestiones abstractas, como sucedería si tuviesen que resolver sobre el valor legal de obligaciones cuya eficacia los interesados directamente y de común acuerdo estimaban dudosas; y, por otra, no obstante la mayor o menor seguridad de su derecho, a pesar de su absoluta seguridad, si se quiere, las partes, al determinarse a celebrar la transacción, han podido temer los errores de la justicia, los gastos que en mayor o menor escala quedan frecuentemente sin indemnizar, las molestias e incomodidades del juicio, la repercusión que éste podría tener sobre sus negocios, etc.

Relacionando en una secuencia lógica al elemento desacuerdo como generador de incertidumbre, Levenhagen[36] considera que es de establecerse que la objeción sobre las relaciones jurídicas surge del desacuerdo entre las partes, y con ese desacuerdo aparece la incertidumbre en cuanto al derecho de cada una de ellas. Consecuentemente, viene la posibilidad de establecerse el litigio, la demanda judicial. Así, la transacción surge, entonces, como un remedio preventivo, para evitar el inicio de ese conflicto.

La controversia teórica respecto de la objetividad o subjetividad como elemento integrante básico constitutivo de la duda, es retomada por Alterini, Ameal y López Cabana[37], quienes en relación a las obligaciones dudosas, opinan que su concepto es difícil de definir, ya que está controvertido si comprende sólo a aquellas obligaciones que "subjetiva-

asentir entre los objetos o conceptos opuestos o diferentes. Incertidumbre sobre la verdad de un hecho, noticia, proposición o aserto. Cuestión propuesta para discutirla o resolverla." (*Ibid.*, pp. 339-340).

35 Raymundo M. Salvat, ***Op. cit.***, Tomo II, pp. 193-194.

36 Antonio José de Souza Levenhagen. ***Op. cit.***, p. 163.

37 Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. ***Op. cit.***, Tomo II, p. 350.

mente" las partes tienen como tales, o si son dudosas cuando "objetivamente", y a través de la opinión de especialistas, pudieran parecerlo. Los profesores citados entienden que es suficiente que las partes consideren incierto su derecho para que exista transacción, sin necesidad de requerir opinión de los expertos.

De hecho no resulta, a nuestro criterio, crucial para que se pueda transigir, que la duda provenga de obligaciones que las partes subjetivamente consideren dudosas o si objetivamente han sido catalogadas de esa forma. La razón es muy simple: puede ser que haya un "subjetivismo" puro, o un "objetivismo" también puro, o inclusive una mezcla de ambos. Puede inclusive haber duda subjetiva sobre una duda objetiva, lo cual, si bien suena algo exagerado, en realidad no lo es (la esencia de la duda es precisamente la confusión respecto a una diversidad de aspectos). Y, en todo caso, los asuntos dudosos no son por lo general puros en cuanto a objetividad o subjetividad. Cada parte puede tener una opinión de algún connotado especialista, que no sean coincidentes y, de esa forma, existirían criterios "objetivos" distintos. De modo que, y en resumen, si las partes consideran que hay incertidumbre, provenga esta de donde provenga, y no se sienten satisfechas con tal incertidumbre, las puertas de la transacción están abiertas.

Llambías[38] expresa que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fueran litigiosas o dudosas, no sería una transacción porque la "*res dubia*" es de la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta, o a poner fuera de discusión, una situación determinada eliminando la incertidumbre de la relación; pudiendo ser esa incertidumbre, objetiva o subjetiva: la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que son las que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.

Nosotros consideramos que un asunto dudoso es aquel en el cual existe más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distin-

38 Jorge Joaquín Lambías. **Tratado de Derecho Civil**, Tomo III. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 76.

tas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial. Por tanto, el que un asunto sea dudoso no es obstáculo para que sea litigioso, ya que puede revestir ambas características.

Sin embargo, cabe precisar que para que se produzca una transacción no necesariamente tendremos que estar frente a un asunto estrictamente dudoso. Podría ocurrir que nos encontremos ante un asunto de meridiana claridad, en el cual se precisen con nitidez los derechos y obligaciones que surgen para cada parte, y que incluso estas últimas tengan la certeza de lo que consiste aquello a lo que se han obligado. Aquí, como se puede apreciar, entramos a la esfera de lo litigioso.

Para que se considere litigioso un asunto basta el hecho de una eventual negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado, por más pueriles que sean sus argumentos o aun careciendo de ellos. Lo litigioso puede consistir simplemente en la apreciación o simple negativa del supuesto deudor. Creemos que aquí el término "dudoso" se confunde con "litigioso", ya que al primero habría que combinarlo con la expresión que le sigue en el artículo bajo comentario: "evitando el pleito que podría promoverse...". Dentro de un raciocinio lógico, si el deudor -aunque claramente tenga esta condición- rehusase efectuar el pago, el acreedor tendría que demandarlo judicialmente, y entonces estaríamos ante un asunto estrictamente litigioso (por más clara que fuera la posición del acreedor), el mismo que sería susceptible de transacción, en virtud de la expresión que utiliza el artículo 1302°: "finalizando el (pleito) que está iniciado".

También podría ocurrir, debido a las más diversas razones, como por ejemplo un sorpresivo estado de insolvencia del deudor, que las partes se pusiesen de acuerdo para transigir respecto de una determinada obligación, concluyendo en una situación diversa de la originalmente pactada. En esto podría haber una gran arbitrariedad por parte del deudor; pero ¿cómo evitaríamos tal arbitrariedad y el subsiguiente litigio?. Y en un litigio -insistimos-, por más claro que él sea, siempre procede celebrar una transacción. Por ello las palabras "duda" y "litigio", para efectos de la transacción, están íntimamente vinculadas.

Asunto litigioso.

Dentro del término litigioso están comprendidos los asuntos que sean materia de una controversia judicial (*litis*) o de un arbitraje.

Litigio es "pleito, altercación en juicio. Disputa, contienda.", y litigioso "... lo que está en pleito. Por extensión, dícese de lo que está en duda y se disputa. Propenso a mover pleitos y litigios."[39].

Litigioso también es definido como "lo que constituye objeto de litigio o pleito. Lo disputado o controvertido en un juicio. De dudosa resolución y efectiva controversia. Propenso a suscitar litigios o causas.", y *litis* como "Pleito, causa, juicio, *lite*. Esta voz latina se conserva como vocablo jurídico incorporado a nuestra lengua."[40]. La doctrina es prácticamente unánime en considerar a las obligaciones litigiosas como las que son materia de juicio o pleito judicial. Sin embargo, en lo que no hay coincidencia es en cuanto a si el pleito o litigio debe ser ya una realidad o únicamente potencial.

Por ejemplo, Salvat[41] señala que las obligaciones litigiosas son aquellas que constituyen materia de controversia o discusión judicial a su respecto, que estén sometidas a la decisión del tribunal, y que igualmente se ha considerado transacción sobre derechos litigiosos, la que pone fin a una demanda que habiendo sido iniciada, no estaba notificada y, por lo tanto, no existía todavía *litis* trabada. De igual forma, Alterini, Ameal y López Cabana[42], al definir la finalidad de la transacción como el camino para extinguir obligaciones litigiosas o dudosas, indican que las obligaciones litigiosas son aquéllas materia de un juicio contradictorio, y que esperan ser dilucidadas por los tribunales. Cazeaux y Trigo Represas[43] indican que obligación litigiosa es la que está sometida a juicio, y que "para verificar su existencia basta con constatar la materialidad del pleito en el cual sea objeto de controversia".

Cubides Camacho[44] no distingue cuestiones dudosas de litigiosas, mencionando tan sólo a las litigiosas y basándose en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (particularmente en la de

39 Real Academia de la Lengua Española. ***Op. cit.***, Tomo II, p. 838.

40 Guillermo Cabanellas. ***Op. cit.***, Tomo V, p. 220.

41 Raymundo M. Salvat. ***Op. cit.***, Tomo II, p. 193.

42 Atilio Aníbal Alterini, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. ***Op. cit.***, Tomo II, p. 350.

43 Pedro N.Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. **Compendio de Derecho de las Obligaciones**, Tomo II. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986,p. 333.

44 Jorge Cubides Camacho. **Obligaciones**. Pontificia Universidad Javeriana, Tercera Edición, complementada y actualizada con la colaboración de Juanita Cubides Camacho, Bogotá, 1996, p. 394.

fecha 6 de mayo de 1966), señala que la transacción tiene como elemento específico la existencia de una diferencia litigiosa, es decir un proceso pendiente o la perspectiva de un proceso. Carnelutti[45] denomina litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro; enfoque exacto en el proceso civil como nudo del mismo, pero en su concepto se advierte la ausencia del planteamiento judicial, debido a que los conflictos de intereses extrajudiciales existen en mucho mayor número que los llevados ante la justicia, instancia última de muchos de aquellos otros.

A nuestro entender, no cabe restringir el alcance del concepto referido al "asunto litigioso" por razones de estricto (por no decir extremo) tecnicismo, ya que de lo que se trata es de enfocar a la figura de la transacción, contemplando principalmente su finalidad o *ratio*, y de esa forma establecer el alcance verdadero que facilite y no obstaculice su razón de ser. Por ello la propia norma refleja tal intención por parte del legislador, al señalar que el asunto sea litigioso (palabra por demás ambigua y amplia) y no que exista un litigio (que nítidamente presupone un juicio ya encaminado).

Para la existencia del litigio es necesario que al menos la demanda se haya interpuesto y que haya sido contestada, es decir que la *litis* se encuentre trabada. En el caso de la transacción esto no es necesario. Puede existir un pleito pendiente, o tan solo una demanda interpuesta, o inclusive que ningún paso se haya dado por las partes para iniciar proceso alguno, pero si el asunto pudiera ser materia de proceso (y no meramente dudoso), ya encaja dentro del radio conceptual del asunto litigioso, como complemento a los asuntos meramente dudosos. De esa forma no queda ningún aspecto que produzca incertidumbre o malestar a las partes que las imposibilite para transigir.

Sabemos, en suma, que toda reclamación extrajudicial no configura litigio procesal. Aquí resulta útil la diferenciación entre asunto dudoso y asunto litigioso. La reclamación extrajudicial que no tenga posibilidades de ser interpuesta por la vía judicial constituye un asunto dudoso, en tanto que todas las demás (es decir, las reclamciones que pueden ser materia de litigio procesal) constituyen asuntos litigiosos. Asimismo, una vez planteada la demanda, si el demandado se allanase a ella,

45 Citado por Cabanellas (Guillermo Cabanellas. *Op. cit.*, Tomo V, p. 220.)

elimina el carácter contencioso del proceso. En este caso nunca se habría producido litigio, aunque hasta el momento del allanamiento sí habría habido un asunto litigioso.

En el caso de un litigio en trámite, si el demandado reconociese el derecho del demandante, ya no se puede considerar a la obligación como litigiosa (por lo que no cabría transacción), no obstante éste le hiciere alguna concesión sobre aspectos aledaños a tal derecho, como por ejemplo la forma de hacerlo efectivo o el importe de las costas y costos del proceso.

En suma, los derechos y/u obligaciones de las partes deben encontrarse en tela de juicio, ser inciertos, a fin de que se consideren litigiosos. Por ello es que tampoco puede considerarse litigiosa una obligación si se dictara sentencia y esta fuese consentida. En tal caso, ya están establecidos los derechos de las partes por el órgano administrador de justicia, por lo que cada uno sabe con certeza cuál es su derecho y, consecuentemente, tampoco cabría la transacción.

Sin embargo, en este último caso, de existir algún resquicio de incertidumbre de las partes respecto a un punto integrante de esta sentencia, nada obsta a que por medio de concesiones recíprocas realicen una transacción. Claro que se debe diferenciar los aspectos sustanciales de los periféricos. Si se trata de aspectos que no tienen que ver con el derecho controvertido per se, sino con la forma de pago o de venta o remate de los bienes del deudor vencido, no se puede ya hablar de transacción sino de acuerdo, organización o arreglo entre las partes.

Debemos reiterar, para finalizar este punto, que éstos pueden también no ser, en estricto, asuntos dudosos, ya que podría ser que se tratase de un asunto que a pesar de ser de meridiana claridad ha sido materia de una demanda tendenciosa.

En efecto, como en los juicios y en todo procedimiento no basta con tener la razón sino que también concurren otros elementos (probanza, urgencia, y hasta la suspicacia de que la autoridad se equivoque o simplemente que no sea imparcial), entonces podría ocurrir que a pesar de tener la razón un litigante, la sentencia que constituya cosa juzgada vaya contra sus intereses. Todo procedimiento judicial o arbitral es, por esencia, aleatorio. Esta situación de aleatoriedad no convierte en dudoso al asunto en sí, sino a su devenir; dudoso por el resultado del proceso. Por ello es que de alguna forma el elemento duda se encuentra en cualquier caso que amerite una transacción, aún cuando sea

meramente litigioso. La duda (cuya manifestación es la indeseable sensación de incertidumbre) respecto de un asunto o del posible resultado de un proceso tiene como opción altamente viable a la transacción.

Concesiones recíprocas

¿Qué significa realizar concesiones recíprocas?

Realizar una concesión es ceder en una posición ideológica, dar u otorgar alguna cosa o derecho, declinar respecto de una actitud adoptada, o asentir en una manifestación ajena.

Una concesión es un "punto de la reclamación contraria que se acepta en una transacción o negociación"[46].

Vemos que conceder es ceder, lo cual implica desde luego una posición antagónica previa. Cuando se cede es que se tenía una postura determinada que se decide relajar u otorgar al contrincante en aras de la convivencia pacífica o de algún beneficio ulterior. Se concede (o se cede) un derecho sobre algún bien. Así, Alberto puede ceder a Mercedes una porción adicional respecto de un bien hereditario que a él le correspondía (o consideraba que le correspondía). También respecto a alguna materia dudosa (de ahí la expresión "le concedo el beneficio de la duda"). Conceder también puede significar otorgar una gracia que está en manos del que dispone de ella (el César podía conceder la vida a los luchadores o gladiadores que habían ofrecido una buena lucha).

Ahora deseamos referirnos al significado de reciprocidad. El término recíproco significa "Igual en la correspondencia de uno a otro"[47], y también "Mutuo. Igual en el trato o correspondencia. Con prestaciones equivalentes para las diversas partes. Bilateral."[48]; en tanto reciprocidad significa "Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra"[49], así como "Igualdad en el trato. Correspondencia en las relaciones. Acción y reacción mutuas y acordes en sentido de coincidencia o discrepancia, de armonía o conflicto[50].

46 Guillermo Cabanellas. *Op. cit.*, Tomo II, p. 253.
47 Real Academia de la Lengua Española, *Op. cit.*, Tomo II, p. 1153.
48 Guillermo Cabanellas. *Op. cit.*, Tomo VII, p. 38.
49 Real Academia de la Lengua Española, *Op. cit.*, Tomo II, p. 1153.
50 Guillermo Cabanellas. *Op. cit.*, Tomo VII, p. 38.

Reciprocidad implica bilateralidad, sinalagma. Esta puede darse en obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer (*"do ut des", "do ut facias", "facio ut des" y "facio ut facias"*, a las que habría que agregar las de no hacer en cada supuesto: "doy para que no hagas" y "hago para que no hagas"). El nivel de equivalencia está en función de la valoración que las partes hagan de las prestaciones, como en cualquier contrato.

En lo que respecta al requisito de que la transacción debe implicar concesiones recíprocas, esta situación significa que necesariamente las partes que celebran dicha transacción tienen que ceder en algo respecto de sus posiciones de origen, para finalmente llegar a un acuerdo que haga que ellas, si bien no hubieran llegado a un acuerdo que satisfaga sus expectativas originales, sí hubieran llegado a un acuerdo cercano a dichas posiciones. Decimos que debe ser cercano, ya que es precisamente esta cercanía la que les habrá permitido ceder en algo y todavía encontrarse satisfechos con lo acordado.

Constituye elemento fundamental de la transacción el hecho de que ambas partes se hagan concesiones recíprocas. Esto quiere decir que las dos cedan sobre sus pretensiones respectivas en la parte dudosa o litigiosa. Las concesiones recíprocas son la solución al impase. Reiteramos que reciprocidad no implica equivalencia más que en términos relativos.

La valoración de las concesiones es realizada por las propias partes. Por otro lado, la ley no exige que las concesiones mutuas sean de igual valor; la exigencia para que haya lugar a una transacción es que existan concesiones recíprocas, no siendo relevante el que una de las partes transija (o ceda) más o menos que la otra. Basta que cada una lo haga voluntaria y espontáneamente con la finalidad de dar por terminado el conflicto y evitar el litigio que podría promoverse o terminar el ya iniciado. Entonces una de las partes puede renunciar a la totalidad de su pretensión (respecto del asunto dudoso o litigioso), y la otra tan sólo abandonar en forma limitada sus derechos. También puede darse que una de las partes abandone o renuncie a mucho para recibir poco (*Transactionibus receptum est ut pro modico magna amittamus*), pero esto es semejante a realizar una compraventa de un bien a un precio inferior al del mercado; se trata de decisiones voluntarias de partes contratantes. Y en el caso de la transacción esto es aún más complejo al existir una tensión producida por la incertidumbre, por lo que no se debe evaluar los valores pecuniarios aisladamente, sino dentro de un conflicto que se busca eliminar para restablecer la armonía y la concordia.

Un ejemplo ideal de transacción, en el cual ambas partes habrían cedido por igual, sería aquel en donde las dos partes consideren, una que debe a la otra 6,000 nuevos soles, mientras que el acreedor considere que su deudor le debe 10,000 nuevos soles; y que antes de promover un procedimiento judicial, ambas lleguen al acuerdo y pago de la cantidad de 8,000 nuevos soles. En el ejemplo que acabamos de señalar, la cantidad objeto de transacción sería exactamente la media proporcional entre las cantidades que sostenían como ciertas cada una de las partes[51].

Pero soluciones como estas no siempre son factibles o viables, ya que por las más diversas circunstancias será casi imposible que las partes estén en igualdad de posiciones y condiciones para discutir la materia de la futura transacción. Por ello es frecuente que en las negociaciones una parte ceda más que la otra (además de la valoración subjetiva que cada una asigne a su "sacrificio"). Lo que busca la ley es que ambas cedan en sus posiciones originarias. Si así fuese, independientemente de lo que ceda cada una, habrá transacción, puesto que lo que conduce a las personas a transigir proviene de una suerte de desconfianza respecto de la justicia proporcionada por los tribunales de Justicia, fundamentalmente en relación a los dos aspectos que ya hemos mencionado; por un lado, la demora, y por otro la incertidumbre sobre la interpretación de sus derechos. Es por evitar exponerse a un proceso oneroso, interminable y cuyo resultado es aleatorio, que una de las partes puede llegar a optar por conceder más de lo inicialmente previsto, y termina consintiendo en una renuncia mayor a la de su adversario.

Pero si solo una de las partes cediese en sus supuestos derechos[52], no se trataría de una transacción, sino de un acto de liberalidad (tal vez de una donación o una condonación). Por otra parte, desde la óptica del único que cede, éste no llegaría a sentirse satisfecho, sino forzado a ceder, por lo que la insatisfacción no se habría resuelto, cosa que en una transacción sí ocurre porque ambas partes "reciben" como contraprestación la renuncia (concesión) de la otra. Sabemos que el

51 También se da en el típico y cotidiano caso de la hora para un encuentro o reunión: "voy a las 6:00 p.m.", frente a "ven a las 5:00 p.m.", acordar que la reunión se inicie a las 5:30 p.m. Es el principio salomónico.

52 Decimos "supuestos" pues el asunto es dudoso o litigioso.

objeto de la transacción se orienta a transformar un estado jurídico inseguro en otro seguro y a obtener estos resultados por el intercambio de prestaciones que pueden ser o no equivalentes.

Ahora bien, puesto que transigir significa ceder, y ceder implica renunciar, debemos reiterar que no todos los derechos pueden ser objeto de transacción. Así, los derechos irrenunciables son incompensables. Por ello es que para nuestro Derecho la transacción debe versar necesariamente sobre derechos patrimoniales.

La transacción como un acto complejo.

La transacción, como señalamos al iniciar este análisis, es un acto que puede ser altamente complejo. El código civil establece que con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

Es evidente que cuando se realizan negociaciones para llegar a una transacción lo que las partes buscan es concluir con el problema suscitado; y si desean esto de modo vehemente no será raro que recurran a cualquier medio alternativo o complementario para obtener tal propósito. Entonces podría ocurrir que para llegar al acuerdo sobre el o los puntos controvertidos, una parte ofrezca o acepte ofrecer a la otra la realización de alguna prestación complementaria (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer) a lo que es materia de discusión, y de esta forma la otra parte vea satisfechas sus expectativas y a la vez esté dispuesta a llegar a un acuerdo. En tal virtud, la ley deja abierta esta posibilidad, pudiendo así la transacción comprender asuntos distintos a los que constituían materia de la controversia original. Tales asuntos distintos podrán ser creados, modificados, regulados o extinguidos, ya que las partes tendrán la más amplia libertad de configuración interna respecto de la transacción que deseen celebrar.

Vemos que la transacción puede constituir un acto sumamente simple, pero también uno extremadamente complejo en el que se entremezclen diversas figuras jurídicas típicas y atípicas.

La posibilidad de que con la transacción se creen, regulen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas diversas de aquéllas que han consti-

tuido objeto de la controversia entre las partes, significa que la ley les otorga la suficiente flexibilidad requerida a fin de que solucionen sus controversias o problemas entre ellas mismas. El Derecho es consciente de que con frecuencia las partes no van a poder llegar a solucionar sus problemas recurriendo únicamente a aquellos elementos que constituyen objeto de controversia, pues el margen de acción podría resultar reducido. Entonces, dentro de una transacción podemos encontrar diversas figuras extintivas, como la compensación, la novación, la condonación, todo ello, evidentemente, dentro de un marco contractual que a su vez crea nuevas obligaciones. La transacción engloba, pues, una serie de actos, siendo ante todo un contrato cuyo objeto es solucionar dificultades que han emergido de una relación jurídica obligacional preexistente, es decir, extinguir (por medio de las concesiones recíprocas) las obligaciones materia de conflicto.

Ahora bien, si a través de un acto transaccional las partes no sólo extinguieran obligaciones, sino que crearan otras nuevas, es natural que cualquier controversia nacida con respecto a estas obligaciones constituirá materia susceptible de reclamo o de eventual discusión en los tribunales de Justicia. Ciertamente podrían producirse incumplimientos de las obligaciones que las partes hayan asumido ejecutar en el futuro como parte del acuerdo transaccional, y por ende podría resolverse este contrato por inejecución de obligaciones, vale decir que le serían aplicables las normas generales de resolución por incumplimiento contenidas en el Código Civil respecto al contrato con prestaciones recíprocas, con la incomprensible excepción prevista para las transacciones judiciales por el artículo 337° del Código Procesal Civil, que impide al perjudicado con el incumplimiento de la transacción solicitar la resolución de ésta.

Capacidad.

¿Quién puede transigir? Ciertamente solo aquel que puede disponer de los objetos materia de transacción. Entonces, la persona que tiene plena capacidad sobre los bienes comprendidos en la transacción es quien está en aptitud de realizar los actos de disposición correspondientes.

Esta capacidad se traduce en la facultad para desprenderse, gravar, limitar o modificar los derechos comprendidos en la transacción[53].

Ya hemos manifestado que la transacción es un acto complejo, pues comprende concesiones recíprocas de diversa y variada índole (en cada una de las cuales puede haber un desprendimiento, una renuncia, o una limitación a un derecho), por lo que se deberá analizar la capacidad en función del acto en sí mismo, así como en torno a los bienes que la transacción comprende respecto a los cuales se harán concesiones (es decir, enajenaciones). Entonces la capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción se refiere a cada uno de ellos en forma individual y autónoma, siendo la transacción ineficaz si una de las partes no podía disponer de alguno de dichos bienes.

De esta forma, si por ejemplo la transacción comprendiese un pleito, un inmueble y derechos patrimoniales sobre alguna creación artística, cada bien deberá ser disponible en forma individual y a su vez global (o en su conjunto) por la parte que lo ceda. Esto último opera así porque la transacción es indivisible, salvo pacto en contrario (artículo 1310° del Código Civil peruano de 1984).

Clases de transacción.

(a) Según si se realiza dentro o fuera del litigio.

(a.1)Transacción judicial.

Se tratará de una transacción judicial en el caso que se llegue a un acuerdo para poner fin a un litigio (que, como hemos visto, podría ser judicial o arbitral) ya existente.

(a.2) Transacción extrajudicial.

Contrario sensu, será cuando se produzca respecto de un asunto que no es materia de una controversia judicial o arbitral, evitando que se promueva un litigio sobre el asunto acerca del cual se transige.

53 No debemos confundir este tipo de capacidad con la de goce y ejercicio de los incapaces. En cuanto a la posibilidad de los incapaces de realizar transacciones, éstos y los ausentes podrán transigir por medio de sus representantes, con aprobación del juez (artículo 1307° del Código Civil peruano).

(b) Según su magnitud.

(b.1)Transacción total.

Es muy extendida la noción de que la transacción tiene que ser total, entendiendo por esto último que las partes con la transacción solucionan íntegramente la controversia que les atañe.

(b.2) Transacción parcial.

Decíamos que la generalidad de autores y de ejemplos que se citan en doctrina llevan implícita la existencia de una transacción total, pues en ningún momento se menciona la posibilidad de que con posterioridad a haberse celebrado el acto transaccional subsista alguno de los problemas de origen.

Sin embargo, el tema de la transacción parcial no puede ser apreciado de manera expresa en ninguna de las normas que sobre el particular contiene el Código Civil peruano (artículos 1302° a 1312°). Ello no significa, empero, que la figura no resulte factible en los planos teórico y práctico, ya que entendemos por transacción parcial a aquella que pone término a alguno o a algunos de los aspectos del problema o controversia existente entre las partes.

Por consiguiente, nada impide que las complejas relaciones obligacionales en que se encuentran involucradas las partes, se solucionen, vía transacción, parcialmente, quedando las no resueltas sujetas a decisiones jurisdiccionales o arbitrales o, inclusive, a futuras negociaciones de las partes.

Y ello obedece, como lo hemos manifestado en forma reiterada, a que al Derecho y a la sociedad en su conjunto les interesa que en su seno exista la menor cantidad de problemas o conflictos entre las partes, propiciando una vida armónica.

Claro está que lo ideal para el Derecho sería que las partes solucionaran la integridad de los temas controvertidos, pero igualmente a la sociedad le interesa que las partes pongan fin a sus problemas (aunque sea de manera parcial), frente a la posibilidad de que dichos problemas subsistan en toda su magnitud.

(c) Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo.

(c.1) La transacción como acto meramente extintivo de obligaciones.

La transacción podría circunscribirse a ser un acto exclusivamente extintivo de obligaciones, por el que las partes pongan fin a su controversia, sin dar nacimiento a ninguna otra relación jurídica. En este caso la transacción sería un típico medio extintivo de obligaciones.

(c.2) La transacción como acto complejo.

Pero, como también ha sido expresado, la transacción puede implicar la creación, regulación, modificación o extinción de nuevas obligaciones o de obligaciones distintas a la materia de controversia. En la medida que del acto transaccional se deduzca la creación de nuevas obligaciones, estaremos en presencia de una transacción no solo extintiva, sino que representará un acto complejo.

(d) Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto, y transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte.

(d.1) Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto.

Este caso se refiere a la transacción propiamente dicha.

(d.2) Transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1311° del Código Civil, cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas del respectivo Título del Código Civil.

Esto significa que podría darse el caso de una transacción en la cual las partes no lleguen al acuerdo transaccional como fruto de una negociación -que implica un ceder voluntario y recíproco en cuanto a las pretensiones de origen-. Aquí las concesiones recíprocas estarían sometidas a opciones que la suerte o el azar dirimirá. Puede ocurrir, en efecto, que las partes tengan más de una alternativa de solución al conflicto, y no lleguen a ponerse de acuerdo en cuanto a la decisión de cuál es la más beneficiosa. En este caso, la suerte puede jugar un papel de-

cisivo. Este tipo de transacción implica concesiones recíprocas, mas no en su sentido estricto, pero no deja de ser transacción, en la medida en que existe de por medio la concesión de ambas partes, así como el acuerdo de recurrir al mecanismo de la suerte para solucionar sus conflictos.

Interpretación restrictiva.

No se puede entender que las partes hayan transigido sobre otras cuestiones que las por ellas previstas, por lo que no caben interpretaciones extensivas o que vayan más allá de lo expresamente establecido por las partes. Esta es una de las razones por las que se exije que ella conste por escrito, bajo sanción de nulidad.

Es de interés señalar lo dispuesto por el artículo 835° del Código Civil argentino, norma que expresamente establece que "las transacciones deben interpretarse restrictivamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso".

La finalidad de este dispositivo argentino es dirimir las controversias que se pudieran suscitar por causa de dudas posteriores a la transacción y que sean relativas a su extensión y objeto. Quiere decir que la transacción no sólo elimina las dudas y divergencias actuales respecto al asunto dudoso o litigioso entre las partes, sino también las que puedan aparecer en el futuro (siempre que sean por la misma razón, es decir, las relativas a su objeto), por lo que las renuncias o concesiones recíprocas a todos sus derechos, acciones y pretensiones, son de carácter extensivo hacia el futuro. *Ergo*, la regla según la cual la transacción es de strictissimi iuris se circunscribe a su objeto. La transacción implica una renuncia recíproca, y toda renuncia es de interpretación estricta o restrictiva. Y precisamente debido a que es de interpretación restrictiva, la transacción extingue exclusivamente los derechos dudosos o litigiosos que según la intención de las partes estén comprendidos en ella. Asimismo, la transacción no beneficia ni perjudica a los terceros interesados que no intervinieron en ella.

Aunque en el Código Civil peruano de 1984 no existen similares preceptos que aquellos contenidos en el Código Civil argentino respecto de la interpretación restrictiva de los actos que impliquen renuncia de derechos, no cabe la menor duda respecto a que los principios que inspiran este parecer son también aplicables al Derecho peruano, en la medida que debe tenerse muy en cuenta el contenido literal y el espíritu del acto transaccional, pues se entiende que debe quedar claro el alcance de aquellos derechos sobre los cuales las partes se están poniendo de acuerdo en sus respectivas concesiones recíprocas. Concesiones son cesiones y, por tanto, renuncias, y éstas jamás pueden interpretarse un milímetro más allá de lo nítidamente expresado por las partes.

Finalmente, por tener la transacción carácter de cosa juzgada, es obvio que, al igual que en un juicio, en el que el juez únicamente puede resolver en base a lo expresamente señalado (y demostrado) por las partes, y no interpretando a su libre albedrío, dicha institución debe estar sujeta al mismo criterio.

Valor de cosa juzgada.

El artículo 1302° del Código Civil peruano de 1984, en su último párrafo, establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada. Esta, como sabemos, constituye lo resuelto por sentencia firme en última instancia, en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, y contra la cual ya no se admite recurso alguno. Por ello, la cosa juzgada se eleva al nivel de las verdades, adquiere la categoría de Derecho puro y no cabe contradecirla.

La Comisión Revisora del Código Civil de 1936 se inspiró en el cuerpo legal argentino respecto de este tema. Al establecer que la transacción tuviera el valor de cosa juzgada y que, por razón de ello, no se permitiese revivir la controversia sobre los derechos anteriores a la transacción (cuya discusión le dio origen), dejaron en claro que esto era sin perjuicio de que la parte transigente perjudicada con el incumplimiento de la otra, pudiese solicitar la resolución del contrato, judicial o extrajudicialmente (según lo dispuesto en los artículos 1428°, 1429° y 1430° del Código Civil), pues la transacción no es otra cosa que un contrato con prestaciones recíprocas.

> "Esta situación puede originarse en el caso que la transacción sea creativa de relaciones jurídicas diversas de las controvertidas. Tal hipótesis puede ocurrir cuando en un litigio sobre cumplimiento de contrato, el comitente y el contratista de una obra, ponen fin al pleito por transacción y, además, mediante ésta, las partes acuerdan llevar a cabo una nueva operación comercial, bajo la forma de compraventa de cosa futura. Es indudable, pues, que en esa eventualidad, de acuerdo al párrafo tercero del precepto, tienen valor de cosa juzgada la relación litigiosa extinguida y la creada por la transacción. Sin embargo, se permite que la parte que resulte perjudicada por el incumplimiento de la otra (el comprador de un bien futuro por falta de entrega de este en el plazo estipulado), solicite la resolución de la transacción."[54].

A pesar de que la moderna doctrina es contraria a la asimilación entre la cosa juzgada y la transacción, pues las distinguen aspectos esenciales, como veremos, si esta última detenta dos condiciones fundamentales, entonces la transacción sí tendrá autoridad de cosa juzgada para las partes y para sus sucesores, y la excepción de transacción podría proceder. Estas dos condiciones (que se derivan de una de las características de la transacción, que es su interpretación restrictiva) son la identidad de personas e identidad de objeto, es decir, que la cuestión se plantee entre las mismas personas (actuando en la misma calidad), y que la nueva cuestión sea la misma que había sido transigida. Existiendo estos dos requisitos, la calidad de cosa juzgada se puede oponer, ya que a través de la transacción las partes sustituyeron la sentencia que el juez hubiese tenido que dictar, extinguiendo su jurisdicción.

Las diferencias entre la cosa juzgada y la transacción, que han suscitado más de una acalorada discusión en doctrina, se podrían resumir de la siguiente forma[55]: 1° las sentencias que deciden diversas cuestiones pueden ser modificadas en parte y subsistir por el resto, al paso de la transacción, por ser indivisible, como está dispuesto por el artículo 834° del Código Civil argentino, anulada que sea en parte, queda anulada en el todo; 2° sus formas son distintas; 3° las sentencias sólo

54 Comision Revisora del Código Civil Peruano. Jack Bigio Chrem. *Op. cit.*, p. 8.

55 Luis De Gasperi. *Op. cit.*, Tomo III, pp. 232-234.

pueden ser dictadas cuando se da una controversia ya nacida, mientras que la transacción puede ajustarse para precaver un eventual litigio; 4° las sentencias no pueden ser atacadas por vicio del consentimiento, al paso que la transacción puede ser anulada por estas causas; 5° la transacción es atacable por acción de nulidad y las sentencias sólo por los recursos instituidos por el procedimiento.

Salvat[56] considera que para explicar el efecto extintivo de la transacción se ha recurrido en doctrina a la idea expresamente enunciada en la parte final del artículo 850° del Código Civil argentino, de que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, idea cuyo origen se hace remontar al Derecho romano, del cual ha pasado al Código Civil francés y, por intermedio de éste, a los numerosos códigos modernos que se han inspirado en él. Agrega Salvat que en apoyo de esta idea puede invocarse un doble argumento: 1° que la transacción lo mismo que la sentencia, concluye definitivamente la cuestión; 2° que la transacción no puede intervenir sino para solucionar cuestiones dudosas o litigiosas, de manera que si bien es cierto que ella tiene su fuente en la libre voluntad de las partes, también lo es que esta voluntad sólo puede ejercerse cuando hay de por medio una cuestión dudosa o litigiosa; pero la tendencia general de la doctrina moderna es contraria a la asimilación entre la transacción y la cosa juzgada, que los mismos autores que la defienden reconocen ser demasiado absoluta. Estima Salvat que pueden, en efecto, invocarse en contra de ella los siguientes argumentos:

a) Desde luego, bien examinado el texto romano que ha servido de origen a esa doctrina, puede preguntarse si ese texto ha querido establecer un principio general o si más bien se ha tratado de justificar la solución del caso particular sometido a la decisión de los emperadores;

b) En segundo lugar, el efecto extintivo de la transacción y las diversas consecuencias prácticas derivadas de él pueden explicarse, sin hacer intervenir para nada la idea de cosa juzgada, por los principios del derecho de los contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes, lo mismo que cualquier otro contrato; y es lógico entonces que siendo voluntad de las partes poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo;

56 Raymundo M. Salvat. *Op. cit.*, Tomo II, pp. 251-252.

c) Por último, existen entre las transacciones y las sentencias judiciales las siguientes diferencias: 1° las formas son diferentes; 2° las sentencias recaen siempre sobre un juicio trabado, la transacción puede celebrarse, sea sobre una cuestión litigiosa, sea sobre una cuestión simplemente dudosa; 3° las transacciones pueden ser atacadas por adolecer de vicios de la voluntad, las sentencias no; 4° la transacción puede ser atacada por medio de una acción de nulidad, contra las sentencias sólo cabe los recursos que las leyes de procedimiento prescriben; 5° las transacciones son indivisibles, y, por consiguiente, al menos en principio, deben ser mantenidas o anuladas en el todo; las sentencias, por el contrario, pueden ser anuladas sólo en parte.

Esto quiere decir que la transacción no permite la revisión judicial (pues podría ser -de quererlo las dos partes- extrajudicial) del asunto sobre el cual se ha transigido.

Debe señalarse que la transacción judicial se puede efectuar en cualquier momento del proceso. Incluso, hayan sido ya expedidas alguna o algunas sentencias, siempre y cuando éstas no tengan carácter de cosa juzgada, vale decir, que se hayan interpuesto contra ellas los recursos impugnatorios respectivos, o que la ley franquee su interposición y que los plazos para tal efecto no hayan vencido.

Por nuestra parte, consideramos necesario dar una adecuada interpretación al texto del artículo 1302°, *in fine*, bajo comentario. Al decirse que la transacción tiene valor de cosa juzgada y al decir nosotros que lo pactado en ella es irrevisable, nos estamos refiriendo, naturalmente, al caso en el cual a través de la transacción se haya puesto término o se haya dado claridad solamente a una situación jurídica dudosa o litigiosa.

Pero, como hemos visto, cabría también la posibilidad de que la transacción comprenda relaciones diversas a aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes, y que a través de la transacción se hayan creado, regulado, modificado o extinguido estas relaciones distintas.

En tal sentido, si se hubiera incluido en la transacción otros asuntos, y a través de la transacción las partes se hubiesen comprometido a la ejecución de determinadas obligaciones, y éstas se incumplen, cabría la duda de si debería plantearse una acción judicial o si dicho cumplimiento sería exigible en vía de ejecución de sentencia. Por nuestra parte,

creemos que el último de los anotados sería el camino concreto. No creemos que el sentido del artículo 1302º sea que el acreedor deba promover un nuevo juicio.

Sería el caso en el cual, por ejemplo, a lo que se ponga término, fuese a una discusión o controversia acerca de la compraventa de un departamento o el pago de su precio en dinero; y que por virtud de la transacción una de las partes se comprometa a entregar a la otra un vehículo; y que la entrega de dicho vehículo no se produzca (se inejecute la obligación) o que habiéndose producido, no llegue a satisfacer a la otra parte, por tener vicios ocultos (por sólo citar un ejemplo de lo que podría ocurrir). En este caso, lo lógico y eficiente sería exigir el cumplimiento vía ejecución de sentencia, y no tener que promover un juicio.

Refuerzan los argumentos en el sentido de que la transacción no tiene valor de cosa juzgada, aquellos que facultan la anulación de la misma. En tal sentido, la doctrina considera que la transacción puede ser anulada por presentar algún vicio de la voluntad.

Independientemente de las consideraciones generales antes señaladas respecto a la relatividad del principio de cosa juzgada en sede de transacción, deseamos efectuar un análisis pormenorizado de la materia dentro del ámbito de nuestra legislación civil. En este sentido, debemos afirmar que no hay lugar al carácter de cosa juzgada en la transacción en una serie muy numerosa de supuestos, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

(1) Anulación de la transacción por incapacidad relativa del agente.

(2) Anulación de la transacción por vicio de error sobre la propia esencia del objeto del acto.

(3) Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre una cualidad sobre el objeto del acto.

(4) Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre las cualidades personales de la contraparte.

(5) Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial de derecho.

(6) Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre la cantidad (*in cuantitate*).

(7) Anulación de la transacción por vicio resultante de error en el motivo o falsa causa.

(8)Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la naturaleza del acto.

(9)Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido al objeto principal de dicha declaración.

(10) Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la identidad de la persona.

(11) Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por acción.

(12) Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por omisión.

(13) Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo proveniente de un tercero.

(14) Anulación de la transacción por vicio resultante de intimidación.

(15) Anulación de la transacción por vicio resultante de violencia.

(16) Anulación de la transacción por haber sido celebrada con simulación relativa.

(17) Anulación de la transacción por mandato legal.

(18) Nulidad de la transacción por ausencia de la manifestación de voluntad del agente.

(19) Nulidad de la transacción por haberse practicado por persona absolutamente incapaz.

(20) Nulidad de la transacción por tener objeto físicamente y/o jurídicamente imposible.

(21) Nulidad de la transacción por tener objeto indeterminable.

(22) Nulidad de la transacción por tener fin ilícito.

(23) Nulidad de la transacción por adolecer de simulación absoluta.

(24) Nulidad de la transacción por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

(25) Nulidad de la transacción cuando la ley así lo declare.

(26) Nulidad de la transacción cuando sea contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

(27) Rescisión del acto transaccional por existir vicio de lesión[57].

57 Por nuestra parte, debemos decir que consideramos que un contrato viciado de lesión sí podría rescindirse, incluso si se tratara de una transacción, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1455º, inciso 1, del Código Civil peruano.

Pensamos que es válida la prohibición de rescindir una transacción viciada de lesión si este

(28) Rescisión del acto transaccional por ser ajeno uno de los bienes materia de la transacción[58].

(29) Rescisión del acto transaccional por ser parcialmente ajeno uno de los bienes materia de la transacción.

(30) Rescisión del acto transaccional si el mismo implica o incluye una compraventa sobre medida.

(31) Rescisión del acto transaccional por alguna otra causal prevista por el código civil o cualquier otra norma legal[59].

(32) Resolución de la transacción por incumplimiento[60].

(33) Resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

(34) Resolución del acto transaccional por existir un supuesto de evicción.

(35) Resolución del acto transaccional por existir un vicio oculto.

---

vicio sólo estuviese configurado por el elemento objetivo de la desproporción en el valor de las prestaciones, ya que la razón de ser de la transacción no estriba en la equiparidad de las concesiones recíprocas, sino en sortear, de común acuerdo, la dificultad en que se entramparon las partes. En estos casos, permitir que se pueda interponer una acción por lesión sería entorpecer el objetivo mismo de la transacción, que es -precisamente- evitar un pleito o finalizar el ya iniciado. La agilidad y fluidez obtenida se perderían. Sería como borrar con una mano lo que se escribió con la otra. En este caso sería más útil y menos oneroso para las partes ir a juicio que transigir.

Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de demostrarse que una de las partes se aprovechó del estado de necesidad de la otra, forzando un acuerdo nada equitativo? ¿qué ocurre, en un caso de mala fe?

Reconocemos que sería cuestionable rescindir la transacción en lo que respecta a su carácter objetivo, pero pensamos que resultaría incuestionable manifestarnos a favor de la misma si se presentaran los elementos subjetivos a que hemos hecho referencia.

58 Si uno de los bienes materia de la transacción tuviese el carácter de ajeno, vale decir que no perteneciera a la parte que se compromete a transferir su propiedad en aras de solucionar el asunto dudoso o litigioso, dicha transacción sería rescindible por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1539° del Código Civil.

59 Es evidente que resultaría factible demandar la rescisión de una transacción en caso de que esta última contenga una causal de rescisión contemplada por el Código Civil o por cualquier otra ley vigente en la República.

60 Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1302° del Código Civil, con las concesiones recíprocas materia de la transacción también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Si la transacción fuese creadora de obligaciones, las cuales fueran incumplidas por una de las partes, resultaría de aplicación lo prescrito por los artículos 1428° y siguientes del Código Civil, los mismos que facultan al contratante perjudicado (en un contrato con prestaciones recíprocas) a solicitar -judicial o extrajudicialmente- la resolución de la relación contractual (con la salvedad de si se trata de una resolución judicial, caso en el cual no cabe resolver el contrato de transacción).

(36) Resolución del acto transaccional por presentarse alguna otra causal contemplada por las partes o prevista por la ley.

Diferencias y semejanzas existentes entre la transacción y otras figuras jurídicas.

(a) Transacción y sentencia.

La transacción sólo tiene similitudes con la sentencia o con el laudo, cuando nos encontremos dentro de un proceso judicial o arbitral, respectivamente.

De acuerdo al ordenamiento legal peruano, dicha transacción -que pondría fin al litigio o arbitraje- debería ser aprobada por la autoridad judicial o arbitral que conoce del asunto materia de la transacción, pero no debe confundirse la transacción con la sentencia o con el laudo, por más que éstos últimos recojan completamente el sentido de dicha transacción, pues la transacción es un acto motivado por la voluntad de las partes, en tanto la sentencia o el laudo provienen de un acto de la autoridad. En los casos de transacción judicial o arbitral, la sentencia constituye el acto que sigue al acuerdo transaccional y es una mera consecuencia de este último. Con la transacción las partes obligan a la autoridad que conoce de litigio a reconocer la validez de sus pareceres y, en tal virtud, al haber llegado a un arreglo, simplemente declaran extinguido el proceso judicial o arbitral.

La sentencia que aprueba una transacción judicial o el laudo que aprueba una transacción arbitral tienen, por tanto, características meramente declarativas y no constitutivas de derechos.

(b) Transacción y juramento decisorio.

El juramento decisorio era un medio probatorio previsto por el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, que consistía en ofrecer como prueba la "confesión" de la contraparte, pero con algunas peculiaridades. Esta era una prueba a la cual los litigantes casi nunca recurrían, pues, en la práctica, implicaba que el proceso terminara con una sentencia que recogiese íntegramente la declaración de la contraparte (la misma que, como resulta obvio, era altamente improbable

que fuese favorable a las pretensiones de aquel que ofrecía como prueba dicho juramento decisorio).

Las diferencias entre el juramento decisorio y la transacción son ostensibles, en la medida que la transacción importa concesiones recíprocas que las partes se hacen mutuamente, en tanto que el primero implica el que una parte se someta a la decisión o parecer de la contraria en un proceso judicial. Podría decirse que en el juramento decisorio existe una voluntad de la parte que lo ofrece, destinada a aceptar lo que manifieste la parte contraria. Ello, por cierto, no implica concesiones recíprocas, sino únicamente la concesión de una parte respecto de la otra, pues quien tiene que deferir juramento decisorio podría no ceder en absoluto en su posición original, y de esta forma la sentencia judicial a través de la cual concluya el proceso tendría que recoger en su integridad los argumentos sostenidos en todo tiempo por una de las partes.

Por último, el juramento decisorio sólo puede tener lugar dentro de un proceso judicial, en tanto que la transacción puede ser judicial o extrajudicial.

(c) Transacción y compromiso arbitral.

En el "compromiso", por más que intervienen todas las voluntades en juego, no se pone fin a la controversia, y solamente se designan jueces privados, en sustitución de la vía jurisdiccional.

Podemos decir que la transacción difiere sustancialmente del compromiso arbitral, ya que cuando las partes celebran una transacción tienen plena conciencia de cuáles son los derechos que cede cada una de ellas en favor de la otra. En cambio, cuando ambas partes someten al arbitraje un asunto de carácter dudoso, con la finalidad de que un tribunal arbitral solucione dicha controversia, no conocen por anticipado cuál será la decisión (laudo) que expida ese tribunal arbitral.

Sin embargo, la transacción y el compromiso arbitral tienen similitud en un aspecto: el referido a que si existe un asunto controversial entre dos partes y ambas acuerdan someter su decisión a un laudo expedido por un tribunal arbitral, con ello están, en cierto modo, efectuándose concesiones de carácter recíproco, pues están acordando que aceptarán lo que dicho tribunal arbitral resuelva sobre la controversia existente.

(d) Transacción y confirmación.

La transacción no es ni una confirmación[61] ni una ratificación (que es un negocio unilateral, sin concesiones recíprocas ni concurso de ambas voluntades).

Son marcadas las diferencias entre la transacción y la confirmación, según se desprende de los artículos 230°, 231° y 232° del Código Civil. Por lo demás, el ámbito de la confirmación no sólo estaría restringido a los actos jurídicos anulables, sino también a los contratos que se ven afectados por un vicio de rescisión (ello, pues al no existir precepto alguno que prohíba confirmar un acto rescindible, se entiende que tal confirmación resulta jurídicamente aceptable).

(e) Transacción y renuncia.

Una serie de categorías, vistas en forma aislada, como la renuncia, el desistimiento y el reconocimiento, dependen de una sola parte interesada, faltando uno de los rasgos esenciales de la transacción, a saber, la bilateralidad en las concesiones.

No obstante, la renuncia reviste cierta similitud con la transacción, en la medida que a través de la transacción, en las denominadas concesiones recíprocas que se efectúan las partes, existe una renuncia de cada una de ellas a sus pretensiones de origen, en tanto aceptan la posibilidad de llegar a un acuerdo en el que existe una cesión a favor de su contraparte. Puede decirse, sin error, que no hay transacción sin renuncia; pero igualmente debe precisarse que para que exista transac-

61 La confirmación es una figura relativa a los actos jurídicos, la misma que se encuentra regulada en el Título X del Libro de Acto Jurídico del Código Civil peruano, artículos 230°, 231° y 232°:
Artículo 230°.- "Salvo el derecho de tercero, el acto anulable 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."
Artículo 231°.- "El acto queda también confirmado 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."
Artículo 232°.- "La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma."

ción, dicha renuncia debe tener carácter bilateral. Si la renuncia a los derechos fuese unilateral, no estaríamos en presencia de una transacción, sino de una condonación total o parcial, dependiendo de cuál sea su magnitud.

(f) Transacción y donación.

La transacción no es susceptible de ser confundida con la donación, debido a que en ésta una de las partes actúa con un espíritu de liberalidad (*animus donandi*), en tanto que en la transacción este elemento no existe, pues ambas partes actúan en función de su propio interés.

Si bien puede ser calificada como un contrato, la transacción es también un medio extintivo de obligaciones, característica con base en la cual ha recibido tratamiento legislativo en el Código de 1984. La donación, en cambio, es un contrato típico, en el que una parte (donante) se obliga a transferir la propiedad de un bien, de manera gratuita, a otra parte (donatario). Es en virtud de estas consideraciones que a pesar de que algunos autores consideren necesario hacer un deslinde entre ambas figuras, estimamos que las diferencias son tan claras y ostensibles que tan sólo justifican un escueto comentario.

(g) Transacción y condonación.

La condonación es el perdón de una deuda acordado entre acreedor y deudor. No interesa si para llegar a dicha condonación nos encontramos en presencia de una deuda de carácter dudoso. Lo que interesa es que el acreedor convenga con el deudor en que no se cobrará la misma ni total ni parcialmente, lo que equivale a decir que deciden extinguirla sin que se haya ejecutado. En otras palabras, la condonación implica solamente la renuncia o concesión de los derechos de una de las partes hacia la otra, en tanto que la transacción implica una renuncia recíproca o concesiones recíprocas.

(h) Transacción y mutuo disenso.

La transacción es un medio no sólo extintivo de obligaciones, pues también puede ser modificatorio, regulatorio o creador de las mismas, e incluso cumplir varias de estas funciones a la vez. Por su parte, el mutuo disenso sólo cumple una función extintiva.

En segundo término, la transacción sólo es aplicable al Derecho Patrimonial (argumento del artículo 1305° del Código Civil), en tanto que el mutuo disenso también tiene relevancia dentro del Derecho de Familia, tal como se puede apreciar en el caso de la separación y ulterior divorcio por causal de mutuo disenso (ahora llamada separación convencional).

Luego, la transacción debe versar sobre un asunto de carácter dudoso o litigioso; en cambio, el mutuo disenso no tiene por qué presentarse ante un asunto de esta naturaleza, ya que puede no haber duda alguna respecto de la materia acerca de la cual las partes celebran dicho mutuo disenso, en la medida que el mismo podría originarse, incluso, por la voluntad arbitraria de ambos contratantes.

Finalmente, la transacción puede resolver un asunto dudoso o litigioso nacido de fuente extracontractual o ajeno al convenio de aquellos que han celebrado un acto jurídico (como es el caso, por ejemplo, de la transacción celebrada sobre responsabilidad extracontractual); en cambio, el mutuo disenso sólo recae sobre actos jurídicos (ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial) que las partes hayan celebrado anteriormente.

Necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura.

El artículo 1303° del Código Civil exige la formalidad de esta renuncia en el acuerdo transaccional. El sentido del precepto resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser. Esta es, como sabemos, no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso. Terminar el pleito judicial en curso o evitar iniciar uno. La eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella.

Puesto que los efectos de no revisar dicho acto se deducen de la naturaleza misma de la transacción, siendo ésta irrevisable, no se reque-

riría, en estricto, efectuar la precisión que este artículo efectúa de modo imperativo. En cualquier caso, habiéndose señalado en la norma que define a la transacción su valor de cosa juzgada, resulta incuestionable que las partes ya no podrán promover acción alguna sobre el asunto transigido.

Nos parece que el requisito que el legislador ha establecido de consignar en la transacción la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga la una contra la otra sobre el objeto de dicha transacción, es más de carácter recordatorio para las partes respecto del punto final que están poniendo a la discusión, que un verdadero imperativo legal.

Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaran por escrito dicha renuncia, consideramos que tal omisión no acarrearía necesariamente la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional, por más que la norma sea de carácter imperativo (emplea el término "debe"). La renuncia constituye, a nuestro entender, un agregado menos necesario para el Derecho, que útil para las partes contratantes, en el sentido de solo recordarles que la transacción celebrada no podría impugnarse en el futuro (esto en términos psicológicos, ya que tales seguridades de todas formas existen, puesto que la renuncia está implícita en la transacción misma). Parece conveniente, sin embargo, no omitir tales expresiones en una transacción, porque un juez rigorista podría fulminarla de nulidad.

Forma de la transacción.

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una forma, bajo sanción de nulidad (*ad solemnitatem*). Es requisito indispensable para su formación o celebración el que se celebre por escrito, en el caso de la transacción extrajudicial o por petición al juez (evidentemente también por escrito) en el caso de la transacción judicial. Esto no obsta, naturalmente, para que existiendo juicio las partes puedan transigir por convenio privado y cualquiera de ellas presentar un ejemplar del mismo en el litigio, con lo que concluiría el proceso.

Es claro que habiendo considerado la existencia previa de un contrato o relación jurídica obligacional, además de un conflicto respecto de algún punto interno de ésta, sumado a los actos de disposición que

implican las concesiones recíprocas y al carácter de cosa juzgada de la transacción, el legislador de 1984 llegó a la conclusión de que era indispensable otorgar seguridad jurídica plena a las partes exigiendo una formalidad ad solemnitatem. Esto se da tanto en la transacción judicial, como en la extrajudicial[62].

Esto quiere decir que en el caso de la transacción la forma es constitutiva del acuerdo; sin la forma no existe la transacción. Es de gran importancia que dichas concesiones mutuas consten por escrito, a fin de que ambas partes tengan a su alcance un medio accesible para probar la existencia de un acuerdo en tal sentido, el mismo que es irrevisable en el Poder Judicial.

Derechos sobre los que se puede transigir.

El artículo 1305° del Código Civil peruano de 1984 prescribe que únicamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. El sentido de esta disposición es claro: los derechos extrapatrimoniales, esto es los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción a todos los derechos dudosos o litigiosos que siendo de interés privado y estando en el comercio sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte de los contratos, encontrándose fuera del comercio de los hombres, por lo que se infiere claramente que no pueden ser objeto de transacción. Y ello porque la transacción, siendo un medio para extinguir obligaciones, es básicamente un mecanismo contractual.

62 El Código Procesal Civil de 1993 exige expresamente el documento escrito con firmas legalizadas ante el Secretario Judicial:
Artículo 335°.- "La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo. Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de éste, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada."

Los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no son objeto de transacción. Por ejemplo, todo lo concerniente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo, a la personalidad, a la capacidad, a la nacionalidad o al estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a las obligaciones o deberes y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges, comprometen al orden público. Son deberes y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

Al interior del ámbito de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, asumir obligaciones respecto de bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes.

De lo expresado podría inferirse que la norma bajo comentario resulta inútil, ya que la prohibición de transigir respecto de derechos extrapatrimoniales es obvia. Pero, hasta cierto punto, al Derecho le interesa sacrificar tecnicismos en aras de proveer de claridad a temas claves (de alguna manera esta norma nos recuerda la reiterada restricción contractual en el sentido que los contratos sólo surten efecto entre quienes los celebran, no pudiendo causar perjuicio a terceros).

Es evidente que no pueden ser materia de transacción los derechos de los padres sobre los hijos, el estado de las personas, etc., pues en estos casos, aparte del interés privado que está en juego, también se encuentra el interés público, ya que se trata de instituciones de interés colectivo. En efecto, las personas no pueden renunciar a una situación que les corresponde por derecho de manera irrevocable, pues todos y cada uno de nosotros tenemos una filiación, un estado civil, etc., de carácter irrenunciable, por lo que cualquier transacción relativa a esos puntos sería absolutamente nula. Y ciertamente se considera dentro de los derechos patrimoniales a aquellos de carácter absolutamente pecuniario que se encuentran en relación con estos derechos personales o de estado. Estos últimos no podrán disponerse, pero los primeros sí. De esa forma, una persona no puede transferir (por tanto transigir) sus derechos de autor o de carácter intelectual sobre una creación artística o un invento científico, pero sí puede transferir las regalías o los derechos de carácter pecuniario derivados de éstos.

La transacción sobre un proceso judicial ya concluido.

Hemos visto que hay derechos que siendo patrimoniales (como en el caso de los alimentos), no son susceptibles de transacción. También es inválida la transacción respecto de bienes y derechos patrimoniales en caso de ignorancia respecto de tales bienes o derechos. Este sería el caso de quien realiza una concesión respecto de un derecho que ignoraba haber adquirido por sentencia. Si, por ejemplo, dos personas se encuentran disputando judicialmente la propiedad de un inmueble, y el juez dicta sentencia en favor de una de ellas, y ésta, sin saber que el fallo ha sido emitido, renuncia a favor de la otra parte (que ha sido vencida en el juicio), dicha transacción sería indudablemente nula en todos los casos[63], salvo que dicha sentencia no constituyera última instancia, y pudiese ser revisada en apelación. De ser éste el caso, la doctrina se inclina a otorgarle plena validez a la transacción.

Transacción sobre responsabilidad civil proveniente de delito.

Sabemos que no se puede transigir sobre derechos que se hallen fuera del comercio de los hombres, encontrándose dentro de este rubro las acciones penales, por interesar al orden público y escapar al ámbito de los particulares[64]. Sin embargo, caso distinto es la responsabilidad civil

63 Hay dos posibilidades: una, que ambas partes ignoraban la sentencia antes de la transacción, en cuyo caso al transigir se encontraban en el estado de duda o incertidumbre que los motivó a celebrar la transacción. La otra posibilidad es que la parte perdedora del juicio hubiese conocido la sentencia, por lo que habría actuado de mala fe, lo cual -todavía con mayor razón- da peso al fundamento que anula la transacción. No consideramos la posibilidad de que el ganador del juicio hubiese conocido su resultado antes de transigir, por resultar esto un absurdo.

64 Si bien los delitos y las faltas interesan -y en ocasiones vivamente- a las partes comprometidas en dichos actos (en los que hayan podido intervenir como sujetos activos o pasivos), la reparación civil es la parte privada de esta relación. El campo penal es materia de Derecho Público, puesto que interesa a toda la sociedad, representada y tutelada por el Estado, el mismo que se encarga de castigar al sujeto que agrede la seguridad de la sociedad con su conducta. Es el Estado, mediante el Derecho Penal, quien protege a los ciudadanos recluyendo al criminal. Es el Estado el encargado de readaptar al delincuente para que pueda insertarse de manera productiva (o al menos inofensiva) en la sociedad. Al respecto, y como anotación al margen, cabe señalar que el análisis económico del Derecho considera que las penas son muy importantes, ya que mediante éstas el potencial infractor puede ser desmotivado a cometer el

que proviene del delito, ya que trata de intereses puramente económicos, es decir, susceptibles de disposición y, por tanto, transigibles.

En la mayoría de delitos, ocurrirá que de ellos se derive cierta responsabilidad civil, ya sea titular de ésta el Estado o algún particular. El Código Civil peruano señala claramente que sobre esta materia sí cabe transigir. El Estado no considera de interés público la responsabilidad civil derivada de actos delictuales. En este aspecto los particulares tienen la más amplia libertad para concertar una transacción.

Este tema es regulado en forma muy similar por los códigos civiles uruguayo, ecuatoriano, venezolano, chileno, boliviano, guatemalteco, español, brasileño y argentino.

En base a lo señalado, podemos resumir que las sanciones penales reconocen un fundamento supraindividual (lo que puede denominarse el "bien común"), mientras que las sanciones civiles pertenecen, como principio, a la órbita de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, hay categorías de delitos sobre los cuales es difícil determinar si su esfera pertenece íntegramente al Derecho público, como el caso de aquellos cuya sanción se persigue por vía privada, por acción del propio ofendido. Estos delitos de acusación meramente privada son, por ejemplo, la injuria, la difamación, la calumnia, la competencia desleal, la violación de secretos y ciertos delitos contra la moral. En estos casos se vuelven algo difusas las razones por las cuales no se puede transigir en lo referente a la acción penal (la que es en principio pública, pero aquí, más bien, resulta siendo privada), ya que su persecución solo incumbe a la persona damnificada. En estos casos nada obsta para que el perjudicado, que tiene la potestad de renunciar a su acción, pueda transigir respecto a ella (quien puede lo más, puede lo menos).

Resulta evidente que si cabe transigir acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, con mayor razón será posible transigir sobre la responsabilidad civil proveniente de cualquier ilícito civil que no llegue a revestir tal carácter en el ámbito del Derecho penal.

---

delito, pues al realizar su análisis costo-beneficio puede llegar a la conclusión de que es mejor abstenerse de delinquir. De ahí la relevancia de establecer penas adecuadas e inteligentes. Por ejemplo, si se aplicase la pena de muerte para un violador (tema que se estuvo debatiendo hace poco en el Congreso de la República), para el análisis económico ello no sería eficiente, ya que el violador se sentiría motivado para asesinar a su víctima, a fin de reducir el riesgo de ser delatado por ella, que en buena cuenta usualmente constituye el único testigo.

Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces.

El artículo 1307° del Código Civil peruano tiene como finalidad regular la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces, siendo un caso bastante especial, ya que éstos requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente si se trata de realizar concesiones recíprocas, que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Entonces, puesto que la transacción supone dichas concesiones, las mismas que pueden consistir en verdaderas renuncias o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces, mediante la exigencia imperativa a sus representantes legales de obtener la aprobación del juez, quien por su parte debe oir previamente al Ministerio Público y al consejo de familia (si lo hubiere).

Siendo ésta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que contempla el Código Civil respecto a cada uno de ellos.

Así, en el caso de los ausentes[65], son aplicables los artículos 52° y 56° del Código Civil, que establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aún enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, se entiende que dentro del término "incapaces" el artículo 1307° comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos, ya que ambos no cuentan con capacidad de ejercicio plena; y ambos, por disposiciones del propio Código, deben contar con representantes.

La norma general sobre representantes legales prescribe que requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos; celebrar transacciones; celebrar compromiso arbitral; y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167° del Código Civil).

65 Como sabemos, ausentes son los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años, y que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, los haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448° del Código Civil). En concordancia con el artículo 447°, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. Entonces el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532°, inciso 1, del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial, si no se da audiencia previa del consejo de familia, en resguardo de los intereses del menor.

La transacción celebrada a través de apoderado.

Sabemos que para transigir se requiere capacidad de disponer, habida cuenta de que quien transige renuncia a derechos, enajena o pierde bienes que se encontraban en su patrimonio. La transacción es, pues, un acto de disposición.

Es claro, entonces, que cuando se habla de transacción por medio de apoderado, éste requiere contar con poder especial, porque el mandato general sólo comprende los actos de administración ordinaria, que son aquellos para los que ha sido conferido, además de los que sean necesarios para su cumplimiento (artículo 1792° del Código Civil). El mandato para asuntos específicos como transacciones, o cualquier acto que implique disposición de bienes o derechos, necesita poder especial. Al respecto, el artículo 156° del Código Civil establece que para disponer de la propiedad de los bienes del representado o gravarlos, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Se trata de una formalidad ad solemnitatem, considerando lo severas que son sus consecuencias.

Transacción sobre nulidad o anulabilidad de la obligación. Efectos.

Resulta necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad en las transacciones. La nulidad tiene lugar de pleno derecho, independientemente

de la voluntad de las partes. En caso de anulabilidad, la nulidad existe potencialmente (el acto tiene una "validez actual", pero una "invalidez pendiente"); sólo se requiere que el magistrado la compruebe y la declare (artículo 222°: "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.").

Una vez pronunciada la sentencia que declara la nulidad, ya no es posible transigir, porque la transacción se refiere a la acción que pueden intentar las partes respecto de una obligación o un asunto que existe, y la nulidad lo ha eliminado: ya no existe. No se puede transigir sobre lo que ya no existe. Por ello la transacción también es nula. Entonces están excluidas de la transacción las obligaciones que adolezcan de nulidad absoluta y las obligaciones anulables que han sido judicialmente declaradas nulas.

La primera parte del artículo 1308° del Código Civil peruano de 1984 resulta, pues, una norma que fluye de la lógica jurídica. En realidad, sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto. Y es natural, por la sencilla razón de que nada cabe hacer en nuestro Derecho, para que algo nulo deje de serlo. Un acto nulo tiene esta calidad y la tendrá siempre. No cabe convalidarlo porque no existe (independientemente de la distinción teórica entre inexistencia y nulidad, ajena a nuestro Derecho positivo). Y de admitirse principio contrario al establecido en la norma bajo comentario, se estaría dejando abierta una vía para que lo nulo, bajo la forma de una transacción posterior, pudiese llegar a tener algún valor para el Derecho y, por tanto, surtir efectos, solución que, además de absurda, sería muy peligrosa.

Ahora bien, cabría formularse las siguientes interrogantes: ¿qué ocurre con los actos nulos (que aun no han sido declarados tales) cuando ha vencido el plazo prescriptorio para la acción de nulidad? ¿Dejan de ser nulos? Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 2001°, inciso 1, establece un plazo prescriptorio específico para la acción de nulidad, fijándolo en diez años (el mismo plazo prescriptorio que para la acción personal). Por tanto, hay un límite a la perpetuidad de la nulidad absoluta, pero debido a su gravedad se ha establecido un plazo de prescripción muy amplio.

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez[66] recuerda que no siempre se ha reconocido la aptitud de la prescripción en relación al acto nulo, y esto en razón de la máxima *quod initio vitiotum est non potest tractu temporis convelecere* (lo que es inicialmente vicioso no puede convalecer por el transcurso del tiempo). En virtud de esta máxima, a lo largo de varias centurias se ha sostenido la perpetuidad de la nulidad y, con ella, la imprescriptibilidad de la acción.

> "Fue el Código de Napoleón el que puso un límite a la perpetuidad de la nulidad absoluta tornando prescriptible la acción al disponer, su artículo 2262°, que todas las acciones que no tuvieran otro plazo fijado debían prescribir a los 30 años. Nuestro Código de 1852, si bien estableció en su artículo 2300° con la terminología que utilizaba, que la acción para rescindir los contratos declarados nulos por la ley durante dos años contados desde la fecha del acto, la excepción para librarse de su cumplimiento era perpetua, lo que llevó a los codificadores de 1936 a establecer un plazo prescriptorio.

El Código de 1936, en su artículo 1169°, dispuso la prescriptibilidad de la acción de nulidad en el plazo de 30 años, fijando el Artículo 1170° el mismo plazo prescriptorio para deducir la excepción, rompiendo este último la perpetuidad de la excepción. (...)

Estos antecedentes explican que el inciso 1 del artículo 2001° del Código vigente haga referencia específica a la acción de nulidad, aunque le fije el mismo plazo prescriptorio que fija para la acción personal en general."[67].

No olvidemos que la transacción se celebra necesariamente (cuando tiene como base actos y no hechos jurídicos -caso de la responsabilidad extrancontractual-) a partir de actos jurídicos previos que hayan dado origen a las obligaciones o materias ahora controversiales. En tal sentido, apoyará todos sus fundamentos en estos actos primigenios. Y por lo tanto, su eficacia o posibilidad de eficacia estará en relación directa con la de dicho acto. Así, los vicios que afecten al primer acto, afecta-

66 Fernando Vidal Ramírez. **Prescripción Extintiva y Caducidad**. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1996, p. 140.

67 *Ibid.*, pp. 140 y 141.

rán también al segundo. Aquí tenemos dos actos que si bien parecen independientes uno del otro, no lo son en realidad. De allí que si el acto primitivo fuese nulo, la transacción que versa sobre el mismo también lo sería, siendo irrelevante el hecho de que las partes hubiesen conocido acerca de esta nulidad.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto, el código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto, y a sabiendas celebran una transacción sobre el mismo, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. Decimos confirmación tácita, ya que en virtud del artículo 231º del propio código se establece que el acto queda confirmado 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; y, sin lugar a dudas, celebrar una transacción, sabiendo que el acto originario era anulable, configuraría un supuesto de confirmación del acto jurídico.

Así, la transacción celebrada en estas circunstancias, tendría un doble efecto: por una parte, confirmaría un acto jurídico, y por otra, constituiría una transacción propiamente dicha, que ponga solución a controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

La solución otorgada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es distinta, en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua (con la salvedad de la prescripción de la acción de nulidad), el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de invalidez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como "en suspenso", la misma que podrá o no tener lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

Supuesto en el cual la cuestión sobre la que se transige sea precisamente la nulidad o anulabilidad del acto.

No debemos confundir la transacción celebrada sobre actos nulos o

anulables con la transacción sobre la nulidad o anulabilidad de dichos actos.

En efecto, el artículo 1309º[68] trata de los supuestos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discuta.

Creemos que se podría esbozar una interpretación en el sentido de que en el caso de los actos nulos de pleno derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto jamás se celebró, por lo que no cabría transigir sobre algo que no existe. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad.

Para entender mejor este criterio, recordemos los supuestos de nulidad absoluta: cuando falta la manifestación de voluntad del agente (en cuyo caso jamás hubo acto jurídico y lo que se llamaría "transacción" vendría a ser en realidad el primer acto jurídico y no el segundo); cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz (excepto en el caso de los incapaces no privados de discernimiento que celebren contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria); cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable; cuando su fin sea ilícito (¿cómo podría transigirse respecto de la nulidad de este acto?); cuando adolezca de simulación absoluta (¿se puede hablar de convalidar este acto?); cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (de este modo se esquivarían las formalidades constitutivas o *ad solemnitatem,* perdiendo éstas su sentido); cuando la ley lo declara nulo (¿se podría acaso ir contra la ley por convenio privado entre particulares?); y cuando el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (transigir sobre la nulidad de este tipo de acto sería atentatorio contra el sistema mismo).

Sin embargo, nosotros nos adherimos al contenido del precepto legal, no entendiéndolo como una vía lo suficientemente amplia como para salvar nulidades evidentes, ni menos aun aquellas de orden público.

68 Artículo 1309º.- "Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida."

Creemos que existen numerosos casos en los cuales de manera legítima, vale decir, en puro Derecho, las partes pueden tener ante sí un problema derivado de la duda razonable que pudiese generar, por ejemplo, una discusión sobre si la formalidad establecida por ley para celebrar el acto que han pactado, era *ad solemnitatem o ad probationem* (ello, por no ser claro el texto legal). En un caso como éste, discutible en el plano jurídico, no vemos por qué razón las partes no pudiesen solucionar sus diferencias recurriendo a una transacción, la misma que podría estar referida a llegar a un acuerdo interpretativo sobre su nulidad o validez o, asumiendo la nulidad, tal acuerdo sea resultado de la creación de alguna o algunas obligaciones que pudieran no tener relación con el acto preexistente que fue materia discutible.

Además, a través de esta vía se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y rápida, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia o, de ser el caso, esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que al tratarse de un punto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, quienes (recurriendo a la vieja frase relativa a la transacción) se estarían dictando su propia sentencia.

Creemos, por último, que la transacción sería indiscutiblemente válida cuando hubiese versado sobre la anulabilidad del acto o título, tema sobre el que resulta innecesario cualquier comentario adicional.

Indivisibilidad de la transacción. Efectos.

Constituye regla general en el Derecho Peruano, respecto al tema de la divisibilidad o indivisibilidad de las nulidades en un acto jurídico, lo prescrito por el artículo 224º del Código Civil[69].

69 Artículo 224º.- "La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.
La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.
La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal."

Este precepto está enmarcado dentro del espíritu general del Código Civil de 1984, en el sentido de optar, en esa hipótesis, por la conservación de los actos jurídicos o contratos celebrados, en lugar de sancionarlos con nulidad o pérdida de eficacia[70].

El artículo 1310° del Código Civil peruano, relativo a la transacción, constituye la excepción a la regla del artículo 224°[71]. Y hay motivos para ello. La transacción es un acto que tiene por objeto poner fin a un asunto controversial. Por eso, justamente, la transacción debe ser un acto que revista todas las seguridades de que en el futuro no se suscitarán problemas por el propio acto o por el acto originario.

Estima Rezzónico[72] que la transacción es un acto indivisible (aunque Colmo y Lafaille observan que este carácter no es privativo o específico de la transacción, ya que cualquier contrato y convención se halla en igual caso), pues el artículo 834° del Código Civil argentino dispone: "Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción".

Para Rezzónico esto se deriva de que en la transacción el sacrificio o la concesión hecha por una de las partes representa como el precio o la condición del sacrificio de la otra.

En opinión nuestra, y salvo pacto en contrario -fruto, en este caso, de la autonomía de la voluntad-, resulta imprescindible que la transacción revista validez total. La transacción es un acto en el cual las partes

70 Sin embargo, el criterio adoptado por el Código Civil peruano no es compartido por todo el Derecho de nuestra tradición jurídica. Así, puede apreciarse el parecer de Héctor Lafaille (**Curso de Obligaciones**, Tipografía A.G. Rezzónico, Yapeyú 52, Buenos Aires, 1926, p. 353.), quien manifiesta respecto al tema en el Derecho Argentino, lo siguiente:
"La indivisibilidad de la transacción no constituye un carácter específico de la misma: ella es propia de todos los actos jurídicos. El principio de que no se puede dividir un acto jurídico eliminando de él determinadas cláusulas y dejando subsistentes otras, se aplica con toda amplitud, porque constituyen manifestaciones de voluntad sobre una serie de puntos determinados, y aquéllas quedarían mutiladas si se admitiera la anulación de algunas de esas cláusulas y la subsistencia de las otras; el consentimiento se ha prestado en atención a todas.
El principio de la indivisibilidad, de rigor en todos los actos jurídicos, parece más estricto, si cabe, en aquellos que son extintivos o creadores de derechos."

71 Artículo 1310°.- "La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.
En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no las prestadas por terceros."

72 Luis María Rezzónico. *Op. cit.*, Volumen II, pp. 1027-1028.

se hacen concesiones recíprocas. Por ello, de aceptarse el principio general del artículo 224° del Código Civil, podría presentarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase, y que justamente a través de esa cláusula una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptara la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema, sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia, sino la continuación de la misma o la perpetuación de una situación injusta, bajo el manto del valor de "cosa juzgada". Como ello resultaría perjudicial para una de las partes, o incluso para ambas, la ley prefiere optar por la solución contemplada por el artículo 1310°, primer párrafo, del Código Civil, que establece la denominada indivisibilidad de la transacción.

Carácter relativo del precepto.

Sin embargo, según lo dicho anteriormente, por tratarse de un asunto de interés privado y no de orden público, la ley admite pacto en contrario. Este pacto puede ser previsto en el mismo acto de la transacción, o posteriormente.

Sobre este punto, Raymundo M. Salvat[73] se pregunta si el principio de la indivisibilidad de las transacciones es de carácter absoluto o admite, por el contrario, algunas limitaciones. En su opinión, estando fundado este principio en una presunción de voluntad de las partes, la transacción debe considerarse divisible, y, por consiguiente, admitirse la validez parcial de ella.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[74], se ha entendido que el carácter indivisible en la transacción no es absoluto, por cuanto la norma que lo consagra sería meramente interpretativa o supletoria de la voluntad de las partes; de forma tal que siempre que exista y resulte debidamente acreditada una voluntad en sentido contrario, debe considerarse divisible a la transacción y por lo tanto admitirse su validez parcial. Se tratará, en suma, de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial a tenor de las circunstancias particulares de cada

73 Raymundo M. Salvat. *Op. cit.*, Tomo II, p. 289.
74 Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, Tomo II, p. 235.

caso. Recuerdan que en tal sentido, algunos Códigos extranjeros, como los de Uruguay (artículo 2658°) y México (artículo 2962°), sólo atribuyen a la transacción carácter indivisible mientras las partes no hayan convenido lo contrario.

Garantías.

El segundo párrafo del artículo 1310° del Código Civil peruano prevé que de presentarse el supuesto analizado, se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros.

Si la transacción se anulase, el acto dudoso o litigioso permanecería inalterado y la situación de controversia continuaría presente.

Es respecto del acto controvertido -cuya transacción es nula o anulable- que se restablecen las garantías otorgadas por las partes. Sin embargo, la ley no otorga tratamiento similar a las garantías de terceros, las mismas que no se restablecen, ya que lo contrario equivaldría a someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica.

Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de la transacción.

El legislador de 1984, con el propósito de estimular la transacción de asuntos dudosos o litigiosos, ha previsto que cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produzca los efectos de una transacción (artículo 1311° del Código Civil).

Si las partes se someten a la ventura para dirimir sus diferencias, en realidad pueden estar celebrando el denominado "contrato de decisión" por medio de la suerte, acto que, en algunos casos, puede ser adecuadamente una transacción.

Consideramos que el supuesto previsto por el artículo 1311° del Código Civil constituye propiamente una transacción, ya que se presentan, aunque a primera vista no lo parezca (por la posible confusión con el contrato de decisión), todos los supuestos establecidos para que se configure una transacción.

Si cabe algún cuestionamiento relativo a la existencia de concesiones recíprocas, éstas se dan desde el momento en que las partes aceptan

solucionar su controversia recurriendo al acaso, vale decir, que admiten -al dejar la solución del problema librado a la suerte- que prevalezca salir beneficiadas o perjudicadas por efectos del azar, lo que constituye una verdadera transacción.

Podemos imaginar muchas maneras a través de las cuales se recurra a solucionar un problema utilizando esta vía. Una de ellas, por citar un ejemplo, sería la de que por medio de la suerte se haga prevalecer finalmente la opinión o parecer de una parte o de la otra, pero por completo. Sería algo así como: "si tú ganas te pago todo lo que tú dices que te debo, pero si pierdes no pago nada, pues sostengo no deber".

Una vez que se determinan los derechos de las partes, las cuestiones sometidas a la suerte producen los efectos de una transacción y su cumplimiento se ejecuta conforme a lo dispuesto en el artículo 1312° del Código Civil: en la vía ejecutiva, si se trata de derechos dudosos, todavía no litigiosos, y como si fuera una sentencia, para el caso en que haya sido llevada a cabo dentro de un proceso.

Podría ser frecuente, por otro lado, que las partes decidan dejar al azar alguna combinación de concesiones recíprocas sobre cuya elección no se han puesto aún de acuerdo. Por ejemplo, Cristina propone a Eduardo varias alternativas (ofrecimientos), y éste, por su parte, tiene una propuesta para cada una de tales alternativas. Finalmente, existen varias "combinaciones", cada una de las cuales incluye concesiones recíprocas y, por tanto, una potencial transacción. Ante la indecisión, podrían optar porque sea la suerte la que determine cuál constituirá la transacción que ponga fin a su controversia.

Sin embargo, la transacción dejada a la suerte puede revestir características un tanto más complejas.

Uno de los coautores de este trabajo tuvo ocasión de participar hace más de tres décadas en la solución de una controversia suscitada entre seis herederos (todos ellos hijos, en igualdad de porcentajes) de un ciudadano que al fallecer dejó una cuantiosa fortuna.

Era el caso de que prácticamente todos los herederos deseaban, como cuota parte, los mismos bienes, lo que determinaba la imposibilidad de efectuar una división y partición armoniosa. Para solucionar una situación que se tornaba conflictiva, y que a todas luces ya resultaba dudosa, se les sugirió efectuar una división y partición derivada de la suerte.

Así, luego de una escrupulosa tasación de los bienes materia de la herencia, el albacea y asesor legal de los herederos procedió a agrupar

los bienes de la sucesión en seis lotes, cada uno de valor similar. Luego, en acto que contó con la asistencia de los seis herederos y de notario público, se asignó un número a cada conjunto de bienes, y por sorteo, esto es, por azar, se adjudicó un lote a cada heredero.

En este caso, si bien ninguno logró máximas aspiraciones ideales respecto de los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, el mismo que puso fin a sus controversias y les ahorró considerable tiempo, molestias y dinero.

El caso expuesto demuestra cuán útil puede resultar recurrir al mecanismo de la transacción por medio de la suerte y cuántos problemas se podrían solucionar si ese sistema se utilizara con mayor frecuencia.

Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial.

El numeral 1312 del Código Civil se encarga de establecer las vías mediante las cuales las personas que hayan transigido pueden ejecutar dicha transacción (o solicitar su cumplimiento). Como podemos ver, la norma distingue dos vías, en función de si la transacción ha sido celebrada dentro de un proceso judicial o fuera de él[75].

En este punto consideramos necesario recordar que respecto a este numeral la Comisión Revisora del Código Civil Peruano[76] expresa que la norma responde en sus dos partes a una bien entendida economía procesal, que aconseja adoptar soluciones rápidas, simples y de menor costo económico y social.

(a) Ejecución de la transacción judicial.

Recuerda la Comisión que durante los debates para la aprobación del Código Civil, el doctor Jack Bigio Chrem expresó la conveniencia de que se incorpore un precepto que recoja el criterio prevaleciente de la jurisprudencia nacional, a fin de que la transacción celebrada cuando

75 Artículo 1312º.- "La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva."

76 Comisión Revisora del Código Civil Peruano. Jack Bigio Chrem. *Op. cit.*, pp. 13-15.

existe un proceso entre las partes, sea ejecutada de la misma manera que la sentencia. Expresó que de esa manera se estimularía a las partes a transigir y se robustecerían los derechos de los que han intervenido en la transacción, al otorgarles un medio expeditivo para obtener su cumplimiento.

Agregó, asimismo, que el Código Civil debía incorporar el precepto a fin de que los litigantes y los jueces tuvieran una regla precisa que evite que surja un conflicto acerca del modo en que deba ejecutarse la transacción que ha puesto fin al proceso.

La transacción judicial constituye -dentro del Código Procesal Civil- el Capítulo III del Título XI, relativo a las Formas Especiales de Conclusión del Proceso.

Cabe señalar que el profuso tratamiento que ha recibido la transacción judicial en el Código Procesal Civil, no siempre guarda relación con las normas de carácter sustantivo de los artículos 1302° a 1312° del Código Civil.

En tal sentido, vamos a efectuar una rápida revisión acerca de las normas que sobre transacción judicial contiene el Código Procesal Civil en vigencia (artículos 334° a 339°).

Resulta en extremo importante para efectos de nuestro análisis, lo prescrito por el artículo 337° del Código Procesal Civil, norma que señala que el juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Agrega la norma que queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

En lo que respecta a este numeral, debemos subrayar que concuerda con lo prescrito en el artículo 1302° del Código Civil, al establecer la necesidad de las concesiones recíprocas; al igual que coincide con el artículo 1305° del referido código, ya que sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

Además, a pesar de que la ley sustantiva no se manifiesta sobre el particular, es interesante ver cómo el artículo 1337° del Código Procesal Civil establece la conclusión del proceso si la transacción alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas; lo que equivale a decir que sólo pone fin al proceso la transacción cuando tiene carácter total, no así la transacción parcial, pues ella -como vimos oportunamente- solu-

ciona tan sólo un aspecto del problema materia de litigio o discusión. Se puede decir, entonces, que el Código Procesal Civil reconoce indirectamente la existencia de la transacción parcial, a pesar de que la excluye del ámbito judicial (circunscribiéndose -por tales consideraciones- a la transacción extrajudicial).

De otro lado, también es necesario subrayar que el artículo 337° del Código Procesal Civil coincide con el último párrafo del artículo 1302° del Código Civil, en el sentido que la transacción que pone fin al proceso tiene autoridad de cosa juzgada.

Resulta discutible lo dispuesto en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 337° del Código Procesal, cuando señala que el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta. Decimos que es discutible, pues más allá de constituir un medio extintivo de obligaciones, la transacción es un contrato que puede servir para crear, regular o modificar relaciones jurídicas que no necesariamente sean aquellas materia de discusión. En tal sentido, si estuviésemos ante un supuesto de incumplimiento contractual, pensamos que deberían resultar aplicables los preceptos generales de resolución por incumplimiento, plasmados en los artículos 1428°, 1429° y 1430° del Código Civil. Sin embargo, la ley procesal peruana restringe el ámbito de la transacción, ya que con ella no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; en contravención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1302° del código sustantivo.

El referido artículo 337° del Código Procesal Civil establece que si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella; caso, este último, en el que se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

De otro lado, el Código Procesal Civil señala (artículo 338°) que en todo lo no previsto en el Capítulo relativo a la transacción judicial, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

Finalmente, el artículo 339° del Código Procesal establece que aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el

cumplimiento de la sentencia, pero que dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.

A pesar de que se podría pensar en la eventual configuración de una transacción en tales circunstancias, por considerar dentro de la categoría conceptual de "asunto dudoso" a la duda respecto de las posibilidades de pago del vencido en pleito judicial, para nosotros es claro que un acto de estas características no podría llegar a revestir la naturaleza jurídica de transacción, por cuanto el asunto "dudoso o litigioso" ya quedó aclarado en la sentencia consentida (lo que equivale a decir que el mismo dejó de tener tales características). Las eventuales coordinaciones posteriores entre las partes que las lleven a un acuerdo podrán constituir novación, dación en pago, condonación, etc., mas nunca una transacción.

Como punto aparte queremos mencionar que es frecuente en las obligaciones pecuniarias en las que los tribunales resolvieron obligar a una parte al pago de intereses, sin anotar o establecer específicamente un monto, que luego se discuta dicho monto en juicio. No obstante ser una sentencia consentida y ejecutoriada, se sigue discutiendo judicialmente, pero podría considerarse que el tema de los intereses (si bien ahora solamente en lo que respecta a su cuantía) continuaría revistiendo el carácter de dudoso.

(b) Ejecución de la transacción extrajudicial.

La norma (el artículo 1312° del Código Civil peruano) abarca también a los supuestos en que existan derechos dudosos, pero que no están siendo sometidos a debate judicial. La finalidad, al igual que en la transacción judicial, es agilizar la ejecución de la transacción. Por ello, a fin de asegurar su eficaz cumplimiento, el legislador le atribuyó carácter de título que apareja ejecución, además de la fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico confiere a todo contrato[77].

77 "Si la norma procesal confiere fuerza ejecutiva al dicho del arrendador en la ejecución por pago de la renta, el legislador estima que con mayor razón debe otorgarse mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial -en la que el Juez está en aptitud de apreciar la voluntad del obligado- a fin de asegurar su pronto y eficaz cumplimiento.
Finalmente, cabe tener presente que el artículo 1312° sólo regula las vías para solicitar el cumplimiento de la transacción. Nada impide que la parte perjudicada por algún incumplimiento pueda solicitar la resolución de la transacción." (Comision Revisora del Código Civil Peruano. Jack Bigio Chrem. *Op. cit.*, pp. 14-15.).

Una vez entrado en vigencia el Código Procesal Civil que hoy nos rige, desde el 28 de julio de 1993, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial han pasado a tener regulación expresa en el referido cuerpo normativo, quedando derogadas las normas que al respecto recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, al que hace referencia el análisis de la Comisión Revisora, antes citado.

Como se recuerda, los procesos de ejecución se encuentran regulados en los artículos 688° y siguientes del Código Procesal Civil.

Dentro del ordenamiento procesal, en virtud de lo prescrito por el artículo 693°, inciso 5, del código adjetivo, norma referente a los títulos ejecutivos, se puede promover proceso ejecutivo en mérito de documento privado que contenga transacción extrajudicial.

Por otra parte, el numeral 694 de dicho código establece que se puede demandar ejecutivamente obligaciones de dar sumas de dinero, de dar bien mueble determinado, de hacer y de no hacer.

El artículo 695° expresa que a la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424° y 425°, en lo que corresponda.

Finalmente, a través del artículo 696° se señala que el Juez de Paz Letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal; siendo competencia del Juez Civil las pretensiones que superen dicho monto.

Transacción y mediación o buenos oficios.

Antes de concluir con nuestras apreciaciones acerca de la transacción, debemos expresar que la mediación o buenos oficios es un tema no previsto por la ley, pero nada se opone a que opere como tal.

Es frecuente, en efecto, que partes que tienen un asunto dudoso o litigioso designen de común acuerdo a un mediador o a una persona que interponga sus buenos oficios para solucionar el conflicto. Si ante esta interposición ambas partes se hacen concesiones recíprocas, evidentemente se estaría produciendo una transacción.

Si, por el contrario, a través de la mediación o buenos oficios, una de las partes acepta íntegramente las peticiones de la otra parte, entonces estaremos frente a un reconocimiento de obligación que se extin-

guirá por cualquiera de las otras formas previstas por la ley, principalmente mediante el pago.

Transacción y arbitraje.

También debemos referirnos al arbitraje. El arbitraje carece de mayores puntos de contacto con la transacción, salvo que un proceso arbitral concluya por esa vía.

Como se sabe, durante el presente siglo el arbitraje estuvo previsto, en primer término, por los artículos 548° y siguientes del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Con posterioridad se complementó por los artículos 1906° a 1922° del Código Civil de 1984. Luego todo su tratamiento fue modificado por el Código Procesal Civil. A continuación se dictó el minucioso Decreto Ley N° 25935 y, finalmente, hoy todo el proceso arbitral está regido por la Ley General de Arbitraje N° 26572, de fecha 20 de diciembre de 1995.

En rasgos generales no es posible someter a arbitraje asuntos relativos al estado o la capacidad civil de las personas, ni sobre los bienes o derechos de incapaces, sin la previa autorización judicial. Tampoco cabe sobre las normas que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas.

Sin embargo, el arbitraje, -cada vez más difundido en el Perú durante los últimos años, por entidades nacionales especializadas como el Colegio de Abogados de Lima, la Cámara de Comercio de Lima, CEARCO, etc., o por entidades internacionales (como en el caso de la Cámara de Comercio Internacional CCI)- también puede terminar por transacción, tal como ocurre en un proceso judicial.

Transacción y conciliación.

Podría ser que nos encontrásemos ante un supuesto de conciliación judicial, la misma que constituye otra de las formas especiales de conclusión del proceso, teniendo rasgos característicos en nuestra legislación procesal, los cuales de alguna forma la asemejan a la transacción.

En el artículo 323° se establece que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no

se haya expedido sentencia en segunda instancia (nótese que la transacción judicial procede en cualquier estado del juicio, incluso cuando la causa esté al voto o en discordia en una casación).

Por el artículo 324° se señala que la conciliación puede ocurrir ante el juez del proceso en la audiencia respectiva, o en la que éste convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto; no siendo dicho juez recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.

El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (artículo 325°).

En virtud del artículo 326° se señala que estando presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma.

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en la sentencia.

De acuerdo al artículo 327° del Código Procesal Civil, aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, éste declarará concluido el proceso.

Si la conciliación recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

En virtud a lo establecido por el artículo 328°, la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada (extremo en el que se asemeja a lo dispuesto por la primera parte del

segundo párrafo del artículo 337° del Código Procesal Civil, en materia de transacción, y a lo dispuesto por el tercer y último párrafo del artículo 1302° del Código Civil).

Finalmente, el artículo 329° del Código Procesal dispone que la copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda.

Ahora bien, es de notar que las semejanzas que existen entre esta figura y la transacción son ostensibles, por cuanto ambas tienen como núcleo sustancial el acuerdo pacífico y a satisfacción de ambas partes para eliminar la discrepancia entre ellas.

Pero éste vendría a ser el único punto en común entre ambas figuras jurídicas, por cuanto, como vemos, la conciliación es una alternativa que se presenta dentro de un proceso, ya sea judicial o arbitral, contemplado en la normatividad correspondiente. En cambio, la transacción se da dentro o fuera de un juicio o arbitraje, y cuando se da dentro de un proceso, puede ser en cualquier estado de él, sin necesidad de que las partes soliciten espacio y momento para transigir.

La conciliación, en cambio, debe celebrarse dentro de la audiencia de conciliación (etapa prevista legalmente dentro de un proceso) o por convocatoria de oficio por parte del juez, o cuando a éste lo hubieren solicitado las partes. Finalmente, el juez debe participar en la conciliación, proponer, según el caso, alguna fórmula conciliatoria y aprobar el resultado de la conciliación. En la transacción el juez no tiene injerencia alguna, siendo un acuerdo estrictamente privado de las partes.

No obstante lo expresado, cabe recordar que con fecha 29 de octubre de 1997 se promulgó la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, publicada en el diario oficial "El Peruano", el día 13 de noviembre de 1997.

Esta Ley declara de interés nacional a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, "con la finalidad de propiciar una cultura de paz".

Se establece que la conciliación es previa al proceso judicial y necesariamente consensual, en el sentido de que los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

Podría decirse, en términos muy generales, que la conciliación es un requisito necesariamente previo a los procesos que versen sobre dere-

chos disponibles de las partes, y ella debe realizarse ante un Centro de Conciliación o ante el Juzgado de Paz Letrado.

También son objeto de conciliación, en cuanto al Derecho de Familia, los alimentos, el régimen de visitas y los casos de violencia familiar, exceptuándose la comisión de delitos o faltas.

Esta nueva forma de conciliación tiene carácter facultativo hasta el día 11 de enero del año 2000, siendo obligatoria a partir de tal fecha.

En otras palabras, ello significa que no se podrá interponer una demanda judicial sobre derechos disponibles o sobre los temas mencionados de Derecho de Familia, si previamente no se acude a intentar la conciliación.

Claro está que como es facultativa, la misma se frustraría si no hubiera acuerdo o si se produjera la inasistencia de una o de ambas partes.

Por último, podría ser que, tratándose de una conciliación extrajudicial (caso que acabamos de mencionar), de existir concesiones recíprocas de las partes que ponen fin al asunto materia de controversia, entonces -en este supuesto- el acuerdo pudiera revestir la naturaleza jurídica de transacción.

El abuso del Derecho

Enrique Cuentas Ormachea

Una ley universal que rige los fenómenos sociales y físicos es su constante mutación. El fenómeno jurídico no escapa a esta ley y así como la sociedad cambia su organización en el decurso del tiempo, los derechos que rigen la vida social también experimentan un continuo movimiento de renovación.

Como bien dijo León Duguit "El Derecho no es tanto la obra del legislador como el producto constante y espontáneo de los hechos".

> "Las leyes, los Códigos pueden permanecer rígidos en sus textos, pero por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos y por la necesidad práctica de regirlos surgen nuevas normas que originan a su vez, instituciones jurídicas nuevas".[1]

Los textos legales van quedando sin vigencia y, por eso, es necesario y urgente ponerlos a tono con las nuevas instituciones. Puede afirmarse, pues, que conforme van cambiando las relaciones económicas y sociales deben cambiar las normas que las regulan. Este es el motivo que determina la renovación de los códigos y las leyes.

1 León Duguit. **Transformaciones del Derecho Privado**. París, 1927.

La teoría del Abuso del Derecho es el resultado de tales cambios. Surge como una figura jurídica resultante de la evolución del derecho que refleja la evolución de la vida social donde surgen nuevas instituciones, nuevas relaciones sociales y, por ende, nuevas relaciones jurídicas, nuevas concepciones del derecho.

Discusiones doctrinarias sobre la naturaleza del acto abusivo.

Los tratadistas de derecho están de acuerdo en que la vida en sociedad impone la represión de la mala fe, del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el ejercicio de sus derechos, en detrimento de terceros. Asimismo lo están en la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre el agente que ejerce su derecho en forma abusiva y el tercero que queda afectado por ese ejercicio. Como dice Raymundo Saleilles surge la necesidad de un correctivo indispensable para conciliar los derechos del individuo con los de la sociedad.

Toda norma jurídica se refiere a la actividad del hombre frente a los demás, es decir implica una relación entre dos sujetos: el activo y el pasivo, o sea el sujeto que tiene el deber para con alguien y el sujeto, en favor de quien se tiene el deber. La Filosofía del Derecho distingue dos fases en el fenómeno jurídico: la objetiva y la subjetiva, lo que nos conduce a distinguir dos aspectos de ese fenómeno, el **derecho subjetivo** o sea el conjunto de facultades para ser o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en favor del sujeto de derecho; y el **derecho objetivo** o sea el conjunto de normas para ejercitar dichas facultades, o, como dice Vanni "el conjunto de normas generales impuestas a la acción humana, en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del Estado, para garantizar los fines del individuo y de la sociedad". Lo que quiere decir que el Derecho como norma o sea el derecho objetivo se concibe como el conjunto de reglas que determinan y regulan el ejercicio de las facultades y el cumplimiento de los deberes que integran el derecho subjetivo.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que el ejercicio del derecho determina que los individuos sean, al mismo tiempo, sujetos activos y sujetos pasivos.

El derecho y su ejercicio nos permiten, pues, distinguir dos aspectos:

a) Como atribución o facultad que corresponde a su titular; y, b) como la forma o modo cómo se hace uso de esa facultad. La noción del acto abusivo o abuso del derecho surge de esta distinción.

II

Todo derecho subjetivo tiene su origen en un hecho humano ya que el hombre es el único sujeto de derecho.

El derecho subjetivo lo apreciamos en dos momentos: a) el derecho en potencia o sea el goce del derecho, que es su manifestación estática; b) el momento dinámico en que ese derecho entra en actividad, que es cuando se ejerce el derecho o cuando se le haga actuar. Una de las formas de este momento es la acción que, como dice Vanni, "es el medio técnico para hacer valer un derecho subjetivo en juicio".[2]

El abuso del Derecho se presenta en el momento dinámico, es decir cuando se ejercita la facultad que nos confiere la ley. Por eso resulta más propio decir "ejercicio abusivo del derecho" que abuso del derecho, pero la doctrina y la jurisprudencia han optado por esta última expresión, criterio que respetamos.

El derecho en ejercicio tiene una limitación objetiva y otra subjetiva. **Objetiva**, en cuanto no puede pasar de los límites que la ley señala; y, **subjetiva**, por cuanto debe perseguir con su ejercicio una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho. Pues bien, el Abuso del Derecho se pone de manifiesto cuando no se respetan esos límites.

III

La determinación de la naturaleza del acto abusivo ha motivado disparidad de criterios, que resumiremos a continuación.

Así, Marcel Planiol equipara el abuso del derecho con el acto ilícito. Dice que si alguien usa de su derecho el acto es lícito; y que si traspasa

2 Icilio Vanni. **Filosofía del Derecho**. Trad. J.B. de Lavalle, A. Cáceres Olazo. Bs. Aires, 1920.

su derecho el acto es ilícito y el sujeto obra sin derecho; que el derecho cesa donde el abuso comienza; y que, el acto abusivo, puesto que es ilícito, no puede importar el ejercicio de un derecho.[3]

Pero debemos advertir que hay diferencia entre uno y otro. Anotamos las siguientes: a) El acto ilícito importa una violación de la ley, pues el que obra ilícitamente obra sin derecho o contra derecho; el acto abusivo importa el ejercicio de un derecho por el titular mismo. b) El acto ilícito implica dolo, culpa o negligencia como regla general; en cambio, para el abuso, no es de su esencia la existencia de tales elementos; la intención maliciosa es, a veces, elemento integrante del acto abusivo pero no es elemento esencial como en el acto ilícito. c) El daño que produce el acto ilícito repercute en el tercero; en cambio, el daño que produce el abuso puede referirse a la misma persona o a la colectividad, como el caso del propietario que por propia voluntad no cultiva su terreno.

Luego, no puede afirmarse que el abuso del derecho y el acto ilícito son idénticos.

También se ha confundido el abuso del derecho con el "conflicto de derechos", pues se afirma que, en todo caso, el abuso importa enfrentar un derecho con otro derecho de los que uno es excluido por el otro al que se le considera de mayor valor.

Un examen cuidadoso de ambas figuras jurídicas nos llevan a la conclusión de que hay diferencia entre una y otra. El conflicto de derechos surge cuando dos intereses jurídicamente protegidos se hallan en franca contraposición, v. gr. el caso del agredido que hace uso de su legítima defensa frente al agresor a quien lesiona para evitar ser lesionado, o el derecho del acreedor que pretende hacerse pago de una deuda frente al derecho del deudor que quedaría en la indigencia si la abonase. En el acto abusivo no hay conflicto de derechos pues no se trata de contraponer un derecho frente a otro derecho para establecer cuál es el más importante o cual tiene más valor; en el abuso del derecho de lo que se trata es de establecer si el agente puede o no hacer uso de la facultad que le concede la ley cuando ese ejercicio afecta a un tercero o al grupo social, es decir si el agente puede o no ejercitar su facultad jurídica dentro de los límites legales.

3 Marcel Planiol. **Tratado Elemental de Derecho Civil**. Tomo 2. París, 1925.

Otra confusión en que se ha incurrido es la del Abuso del Derecho con la "responsabilidad emergente del riesgo". La responsabilidad por riesgo emana de una corriente innovadora del derecho según la cual éste debe mantener la armonía social, el orden jurídico evitando un desequilibrio patrimonial; es decir, si un individuo o un grupo en el ejercicio de una actividad permitida por la ley, que le produce un beneficio patrimonial, pone en peligro la vida o la salud y el bienestar de terceros (individuos o grupos) debe reparar los daños y perjuicios emergentes de su actividad. Basta que se derive un daño de la actividad lícita de una persona que se beneficia con esa actividad para que ésta tenga la obligación de reparar ese daño. Este principio funciona en el riesgo profesional derivado de los accidentes de trabajo, como se desprende de las normas establecidas en la Ley de Accidentes de Trabajo; también se aplica en los casos contemplados por los artículos 1144°, 1145° y 1146° del Código Civil así como en los accidentes de tránsito.*

Pues bien, aunque la responsabilidad por riesgo y el abuso del derecho tienen de común que ambas acarrean responsabilidad a pesar de que entrañan una actividad lícita por tener un origen emanado de la ley, hay diferencia entre ellas. El abuso del derecho importa un uso anormal de éste; en cambio la responsabilidad por riesgo se produce cuando el uso de un derecho que deriva un beneficio a quien lo ejercita, crea un riesgo para tercero, por lo que el beneficiario debe soportar la incidencia derivada del ejercicio de ese derecho, lo que al decir de Josserand importa "una responsabilidad sin culpa o responsabilidad puramente objetiva"[4]. Habría abuso del derecho en el caso del empresario que en ejercicio de su libertad de industria y basado en su potencia económica, rebaja el precio de sus productos por debajo de su costo con el objeto de eliminar a un competidor; la responsabilidad por riesgo se produciría en el caso del industrial cuya usina desprende gases tóxicos que arruinan los sembríos próximos.

Mientras que en el riesgo no hay relación directa entre la gente responsable y el daño por el que responde, pues éste se produce accidentalmente es decir, involuntariamente, en el caso del abuso del dere-

* Los numerales citados en este trabajo son los del C.C. vigente hasta el 14 de noviembre de 1984.

4 Luis Josserand. **Del Abuso del Derecho.** París, 1925.

cho hay relación directa entre la gente que abusa de su derecho y el daño que emerge de su daño abusivo.

Además, el riesgo está expresa y taxativamente determinado por el legislador mientras el abuso escapa a toda previsión legislativa.

Como dice José Calvo Sotelo: "Prohibir el uso de un derecho porque acarrea un daño será tentar contra la libertad de su titular, suprimir la responsabilidad por riesgo sería injusto"[5], lo que quiere decir que no podemos prohibir una actividad lícita aunque acarrea peligros, no solo porque esa actividad está amparada por la ley sino también porque de ella se deriva un beneficio social v. gr. el empresario produce artículos necesarios para el consumo. En cambio se debe sancionar el ejercicio de un derecho que se usa desviándolo del fin que se le reconoce o que está en contradicción con su destino económico o social.

Fundamentación del Abuso del Derecho.

El fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos.

No puede existir un grupo social en que haya únicamente sujetos titulares de derecho así como tampoco puede haber una sociedad en que los hombres estén exclusivamente sujetos a cumplir deberes.

Debe tenerse presente que la limitación del derecho subjetivo de una persona no sólo está determinada por el interés de la sociedad o del Estado, sino, también, por el interés individual del titular de otro derecho subjetivo que necesita el respeto a su derecho para mantener su dignidad de persona o sea el ejercicio de sus facultades y poderes propios cuyo desconocimiento importaría la degradación de su estado de persona.

Como bien dice el ilustre tratadista nacional doctor José León Barandiarán: "El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de una manera que lastime los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva. De allí que se haya ido elaborando una

5 José Calvo Sotelo. **El Abuso del Derecho**. Madrid, 1920

concepción en este orden de cosas que, en general, reciba consagración en el derecho moderno"[6].

Antecedentes legislativos

La teoría del Abuso del Derecho que se ha concretado en fórmulas relativamente recientes, tiene raíces lejanas aun en expresiones del derecho consideradas individualistas a ultranza.

Así en el Derecho romano que consagró el absolutismo del derecho individual en la fórmula "*qui jure suo utitur nominen loedit*" (quien usa de su derecho no puede ser responsable) y que en su faz quiritaria devino en un "*ius abutendi*", fue atemperado por el derecho honorario admitiendo ciertas restricciones al derecho de propiedad como la prohibición de demoler una casa por el propietario con el sólo objeto de vender los materiales o la pérdida de la cuota que le correspondía al condómino si éste no contribuía con afrontar los gastos necesarios para la conservación de las servidumbres por falta de uso o la sustitución del compromiso del deudor de entregar a un esclavo a cambio de la entrega de su valor.

Otro antecedente se puede encontrar en las Leyes de las Partidas, que en la Ley 19, título XXXII, Partida III, dice: "Ca según que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome haya de facer en lo suyo lo que quisiera, pero deuelo facer de manera que no faga daño nin tuerto a otro".

En la Edad Media se adopta el vocablo "*aemulatio*" que se usa, al igual que la frase "*animus aemulandi*", técnicamente por los juristas para designar "la intención de quien cumple ciertos actos, que aunque comprendidos normalmente en el ejercicio de su derecho, se emplea sin utilidad propia o con una mínima, con el fin de perjudicar a otro"[7].

Pietro Bonfante hace referencia a la "teoría de los actos de emulación" como doctrina medioeval, según la que "se prohibían al propietario los actos por él cumplidos, con la maligna intención de perjudicar

6 José León Barandiarán. *"Comentarios al Código Civil Peruano"*. Rev. **Derecho y Ciencias Políticas**. Año XII. N°2.

7 Cristóforo Astorni. *"Emulazione"*. ***Dizionario Pratico del Dirito Privatto***. Edit. Vallendi. Milán, s/f.

a otro, *animus nocendi*, con poca o ninguna utilidad propia" v. gr. el propietario que edifica un muro en su fundo sin necesidad inmediata, tan sólo para privar de luz o de la vista de un panorama amplio al vecino. Los juristas medioevales denominaban a estos actos "*ad emulationem*", de donde viene el nombre de la teoría.[8]

Para Marcel Planiol no era nueva la teoría del Abuso del Derecho, pues sus orígenes se pueden situar en la rica y minuciosa elaboración del derecho medioeval que inclusive tuvo alguno de los caracteres que actualmente suscitan controversias entre los especialistas como el ejercicio de un derecho subjetivo sin utilidad para su titular, o con una utilidad insignificante y con el designio de perjudicar a terceros.

El Código Civil napoleónico de 1804, de tendencia eminentemente individualista, si bien consagra el derecho de propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, tiene el agregado "a condición de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o reglamentos", lo que importa la posibilidad de la limitación en su ejercicio. Ya anotamos anteriormente que, poco después de la promulgación del Código Civil de 1804, la jurisprudencia francesa sancionó, en varios casos, el uso abusivo de los derechos, criterio que sigue vigente.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que el convencimiento de la necesidad de reprimir esta clase de actos, cuando se ejercitan en forma abusiva, es muy antigua. Inclusive la literatura jurídica ha encontrado en alguna producción de escritores o dramaturgos situaciones vinculadas con el abuso del derecho, como el caso de Shylock en "El Mercader de Venecia" de Shakespeare, cuando pretende exigir a Antonio el cumplimiento de una cláusula del contrato estipulado con el solo propósito de perjudicarlo y sin una necesidad o interés legítimo.

Fundamentos

En el derecho contemporáneo, los criterios más diversos se han expuesto por los tratadistas para fundamentar el concepto de Abuso del De-

8 Pietro Bonfante. **Instituciones de Derecho Romano**, Atheneum, Roma, 1928.

recho. Nos vamos a referir a los tres más importantes: la intención de dañar la falta de un interés serio y legítimo y la desviación del derecho de su función social.

La intención de dañar a que aluden Josserand y Porcherot[9], incide en caracterizar el abuso del derecho por el móvil del acto constituido por "la intención de perjudicar". No interesa que esa intención sea el único móvil del acto o el motivo preponderante del mismo. Este criterio se apoya en que la garantía para ejercitar nuestro derecho no se nos otorga para que dañemos a otros; si lo hacemos estamos abusando de nuestro derecho. Pero la crítica ha puesto de manifiesto la insuficiencia de este criterio. Se le ha objetado porque no ofrece un punto de vista seguro y claro para distinguir el abuso donde no lo hay, como dice Planiol, "la idea es generosa pero no responde a la realidad" pues la vida social importa un conflicto de intereses contrapuestos, que el derecho trata de deslindar protegiendo a unos y negando garantía a otros, de acuerdo con la organización social existente. Por eso resulta difícil establecer si un acto se ha ejercitado con intención de dañar, ya que el mismo puede resultar dañino para unos y generoso para otros. Dice, además, Planiol que está bien que la moral sienta como un deber la generosidad y el altruismo para los demás, pero el jurista no puede escapar a la realidad social en la que los hombres se desenvuelven tratando de imponer su derecho unos a otros, perjudicando aquéllos a éstos. Además se objeta este criterio porque importa una indagación algo agnóstica sobre los propósitos o intenciones de quien ejercita un derecho para saber si lo hace con la intención de perjudicar a terceros. El jurista Lino Cornejo respalda esta objeción manifestando que no es posible penetrar en la región turbada del alma para averiguar la intención con que ha ejercitado su derecho la gente. En derecho, a nadie se le puede pedir cuenta de los móviles que lo impelen a ejercer su derecho. Sería difícil conseguir que la gente confiese que obró con la intención de dañar, ya que siempre le será posible alegar en su descargo algún interés particular. Se agrega a estos puntos de vista que sería sumamente peligrosos dar al juez la facultad de practicar esta investigación de carácter psicológico, ya que pueden derivarse de ella incertidumbre, inseguridades, y, consecuentemente, injusticias. Por todo lo

9 Luis Josserand. *Op.cit.*

expuesto se considera que el criterio relacionado con "la intención de dañar" debe ser superado por resultar inseguro e ineficaz.

Otro criterio es el relacionado con la falta de un interés serio y legítimo que planea el tratadista Raymundo Saleilles. Según éste: "Un acto cuyo efecto sólo puede ser el perjuicio a otro, sin un interés serio y legítimo para quien ejercita su derecho, jamás constituirá uso lícito de ese derecho". Las objeciones que se formulan a esta tesis son: a) que no prescinde de adoptar una concepción primordialmente subjetiva, pues la medida de la utilidad de un acto está en relación al interés que tenga el sujeto que lo ejercita, por lo que Josserand la tachó como una fórmula utilitaria; b) que la fórmula es bastante vaga porque es difícil, en cada caso concreto, establecer cuándo un interés pueda ser tachado de ilegítimo y falto de seriedad; c) porque resulta ineficaz, ya que a cualquier sujeto le será fácil alegar un interés como móvil de su acto tachado como abusivo.

Esta fórmula, evidentemente, es más aceptable que la primera. Si bien el elemento "intención de dañar" no deja de funcionar, pero ya no es el elemento decisivo, pues "la falta de interés" es el que pasa al primer plano, quedando la intención de dañar como elemento subsidiario.

Si bien no da un concepto preciso del abuso del derecho contiene un elemento que unido al de la "intención de dañar", fue utilizado por Rippert para definir el acto abusivo como un "acto normal, en apariencia, pero realizado sin un fin útil y con intención de dañar" por lo que considerado como anormal "suscita la responsabilidad de su autor a pesar de su legalidad objetiva".

Otra tesis ha considerado el Abuso del Derecho como una desviación de su función social. Se basa en el criterio de León Duguit que tratando de eludir toda concepción abstracta y metafísica pretendió aplicar un método estrictamente positivo a la ciencia jurídica, negando la existencia del derecho subjetivo por ser un concepto individualista y puramente metafísico contrario a la realidad de los hechos sociales y jurídicos. Josserand, citando a Duguit en relación a este fundamento del abuso del derecho, dice que "en una sociedad organizada los pretendidos derecho subjetivos son derecho-funciones; deben mantenerse en el plano de la función a que corresponden; en caso contrario, su titular comete una desviación, un abuso del derecho o sea que el acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad".

Duguit fundamenta el derecho como función social manifestando que el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco lo tiene, pero todo hombre, en la sociedad, tiene cierta función que cumplir, cierta tarea que ejecutar y esto es, precisamente, el fundamento de la regla que se impone a todo; de donde resulta que todos los actos contrarios a esa función del individuo son socialmente reprimidos y los actos encaminados al cumplimiento de esa función son socialmente protegidos. El fundamento de la norma descansa en la necesidad de mantener coherentes los diferentes elementos sociales, lo que se consigue con el cumplimiento de la función social que le corresponde a cada individuo o cada grupo.

Los tratadistas franceses Henry y León Mazeaud objetan este criterio, opinando que si se le constriñe a un juez a determinar la función social de un derecho cualquiera, deberá salir de los dominios del Derecho para caer en los de la política. Dicen: "He aquí el peligro del criterio: ¿se hace un socialista la misma concepción del fin con que se ha concedido el derecho de propiedad que un adversario de Karl Marx? Evidentemente no. Es cierto que defender la doctrina del fin social de los derechos de ninguna manera significa inclinarse hacia el socialismo, pero importa constreñir a los jueces a contemplar el problema de la responsabilidad desde el ángulo de la política".[10]

Se dice, también, que una tesis de esta especie se entronca con el positivismo que contempla al derecho como una función social, en lugar de considerarlo como una facultad o poder de los individuos, lo que puede llevar al extremo de negar los derechos subjetivos.

Conclusión

Frente a la diversidad de criterios para explicar el fundamento del acto abusivo, debemos tratar de extractar los elementos más adecuados para ofrecer un enfoque correcto con un planteamiento estrictamente jurídico. Solo se puede hablar de Abuso de Derecho cuando en su ejercicio se causa un daño a otro, a pesar de que ese ejercicio puede resultar impune en el derecho positivo por no aparecer limitado ese modo de ejercitar el derecho.

10 H. y L. Mazeaud. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil.** 1931.

A pesar de las divergencias sobre el fundamento del Abuso del Derecho, se nota un fondo común que justifica su vigencia: el que ejercita su derecho de un modo socialmente reprobado por cuanto perjudica a tercero está obligado a sufrir las consecuencias de su ejercicio abusivo. Como bien dice el destacado jurista José León Barandiarán, el estado actual del progreso jurídico justifica que se consagre el principio del abuso del derecho, lo que nos permite preveer una situación de hecho que acontece en la vida real y le adscribe una consecuencia jurídica. Se objeta que el acto abusivo es simplemente un acto ejecutado sin derecho, lo que, como acota León Barandiarán lleva a considerar que la noción de abuso del derecho es una logomaquia por resultar contradictoria y absurda. El error de esta objeción estriba en que, como advierte Josserand citado por J. León Barandiarán, no se distingue la posibilidad de que un acto sea conforme a un derecho determinado y, no obstante contrario al derecho considerado en su generalidad y su totalidad objetivadora, cuando él no se utiliza conforme a la exigencia propia del *derecho in genere.*

El arbitrio judicial

De lo expuesto deducimos que no es imprescindible establecer una fórmula que condense lo que es el abuso del derecho. Cualquier fórmula puede resultar insuficiente o conducirnos a criterios erróneos. Hay que tratar de armonizar los intereses individuales y los sociales, usar nuestro derecho sin afectar a la moral, en armonía con las buenas costumbres y con los usos de tráfico jurídico. Y nada de esto se podría conseguir si encasillamos la labor del Juez en un marco estrecho y rígido. Por eso creemos que la solución más acertada para aplicar el principio del abuso del derecho está en el arbitrio judicial. Es decir, que la ley no determinará cuándo se ejercita un derecho en forma abusiva. Debe ser el Juez el que en cada caso concreto, evaluando la forma y circunstancia en que se ejerce una facultad legal, dirá si hay o no abuso del derecho. Se ha argumentado que al adoptar esta solución hay el peligro de que al dejar al juez la apreciación de un caso de abuso de derecho, es poner en sus manos un instrumento de arbitrariedad, pues lo que la ley no define debe resolver el juez aplicando su criterio personal.

Como dice Bibiloni: "Eso que la ley no ha acertado a definir lo encontrará el Juez. Cada Juez lo verá según su criterio moral, político o económico. Lo que no saben los juristas, puesto que sólo dan fórmulas generales, eso lo sabrá el Juez".

Esta objeción importa confundir arbitrio judicial con arbitrariedad. La arbitrariedad significaría que el juez expida una resolución sin tener en cuenta la ley, ni la doctrina ni los principios de derecho o ateniéndose a una interpretación muy personal y capciosa de la ley. En cambio, el arbitrio judicial significa que el juez se sujeta a una norma, a un principio doctrinario y toma en cuenta el criterio de equidad. Recordemos que nuestro Código Civil en el Art. XXIII del Título Preliminar establece que el juez debe aplicar los principios de derecho en caso de deficiencia de la ley, y que en el caso del Art. 1322° le da facultad para graduar la culpa teniendo en cuenta las circunstancias de persona, lugar y tiempo. Que, asimismo, faculta al juez para aplicar el criterio de equidad para fijar el monto de la reparación civil en el caso de los Arts. 1140° y 1143°. Como bien dice el citado jurista nacional doctor José León Barandiarán: "en toda dimensión del derecho está irremisiblemente presente la atención de justicia *versus* seguridad. Si se implantase una actitud que velase únicamente por la seguridad, de modo exagerado, muchas soluciones del derecho tendrían que desaparecer. Por ejemplo, la nulidad del acto por vicios de consentimiento. El juzgamiento, en cada caso, tiene algo de individualizador".[11]

En conclusión: el arbitrio judicial importa la aplicación de una norma, un principio de la doctrina jurídica a la solución del caso que el Juez resuelve con criterio de justicia y equidad. Creemos acertado que se haga uso del arbitrio judicial para la constatación del abuso del derecho en cada caso.

El abuso del derecho en la legislación comparada.

Las legislaciones civiles codificadas en relación con el abuso del derecho han adoptado diversos criterios, pues unos han seguido la corriente objetiva y otros la subjetiva.

11 José León Barandiarán. "Comentarios al Código Civil Peruano". **Rev. de D. y Ciencias Políticas.** Año XII. N° 2.

En Francia no se ha elaborado una fórmula legislativa que contemple, en forma especial el abuso del derecho, pero es el país donde se ha dado mayor número de aplicaciones jurisprudenciales de ese principio lo que ha obedecido al contenido amplio de los artículos 1382° y 1383° del Código de Napoleón. El Art. 1382° dice: "Cualquier hecho del hombre que cause al otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cuya culpa se ha producido" y el 1383° expresa que: "Es responsable del daño quien lo causó no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

Prevalece, pues, en Francia la orientación subjetiva, pues las normas referidas obligan a tener en cuenta el requisito de la culpa.

El Código Civil belga también se inspiró en el criterio del francés. Pero fue en Alemania donde el principio del abuso del derecho tuvo una clara expresión legislativa. Tal se deduce del Landrecht Prusiano de 1794 que en sus artículos 27° y 28° legisla el abuso del derecho de propiedad al manifestar que "Art. 27°: Nadie puede abusar de su propiedad para lesionar el derecho de otro y causarle un perjuicio. Art. 28: El abuso de la propiedad es todo uso que por su naturaleza no pueda tener otro fin que el de lesionar a otro". Otra disposición relacionada con el abuso del derecho es el Art. 26° que dice: "El que ejerce en sus límites propios un derecho no está obligado a reparar el daño que resulta para otro. Pero se debe reparación cuando resulta de las circunstancias que, entre varios modos posibles de ejercicio de su derecho, ha elegido aquel que es dañoso para otro, con la intención de perjudicarlo". Esta disposición adopta un criterio subjetivo, en relación al abuso del derecho que se le hace consistir en la intención de perjudicar.

Más fue en el Código alemán en 1896 donde se introdujo un precepto claro referente al abuso del derecho en su Art. 226° que dice: "El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar daño a otro". Según este texto la noción del abuso del derecho se hace consistir en el ejercicio de un derecho que sólo tiene por objeto causar daño a tercero. De su redacción deducimos que el criterio que preside la elaboración de dicho precepto es la intencionalidad. La institución resulta vinculada a la intención de perjudicar, como un hecho calificante reprochable. Tiene, pues, una orientación subjetiva.

El Código Civil austríaco de 1916, reformado el 1° de enero de 1917 en su Art. 1295° establece: "El que causa intencionalmente un

daño de modo que hiera las buenas costumbres es igualmente responsable; no lo es, sin embargo, si el daño fue causado por el ejercicio de un derecho, salvo si el ejercicio de ese derecho tiene manifiestamente el fin de perjudicar a otro". Como se desprende de la última parte de la disposición, tiene ésta una orientación subjetiva. Igual orientación tiene el Código Civil italiano de 1942 en su Art. 833° y el Código Polaco de las Obligaciones en su Art. 137°.

El Código Civil suizo de 1907 también denominado Código Federal Suizo, introduce un criterio original al tratar del abuso del derecho. Si bien el anteproyecto de 1900 se refería al abuso del derecho de propiedad (Art. 644°) que se le hace consistir en su ejercicio con la sola intención de perjudicar a otro, el Código Civil de 1907 incorporó la doctrina del abuso del derecho en su artículo II, que dice: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley". Como se ve la amplitud del principio es vasta y comprende cualquier clase de derechos: privados o públicos.

Virgilio Rossel comenta que lo decisivo no es la intención de dañar sino el elemento subjetivo del ejercicio de un derecho en forma contraria a las reglas de la buena fe, sin que ese ejercicio implique la persecución de un interés digno de la protección legal. Sigue comentando dicho tratadista "No se trata del elemento subjetivo intención de abusar, sino del elemento objetivo, del ejercicio del derecho contrariando las reglas de la buena fe y sin que ese ejercicio implique la persecución de un interés digno de protección legal; el demandante debe probar que el abuso del derecho que ejercita su contrario le causa perjuicio.

Como vemos el Código suizo no define el abuso del derecho, pero da un criterio para determinarlo: ejercitar un derecho o cumplir una obligación contrariando las reglas de la buena fe, que no es sino la aplicación de la regla moral como límite de la actividad jurídica. El abuso debe ser manifiesto tanto por el perjuicio ocasionado cuando por la falta de un interés legítimo en el titular que haga palpable la finalidad torcida del agente. El Consejo Federal Suizo en su mensaje de 23 de mayo de 1904, refiriéndose al Art. II del Código Civil decía: "Hemos creado una especie de recurso extraordinario que debe conseguir el respeto a la justicia, en provecho de aquellos que sufrirían con el abuso evidente que un tercero hiciera de su derecho, cuando los medios ordinarios fueron insuficientes para protegerlo".

No olvidemos que la referida disposición del Código Civil suizo de 1907 fue la que inspiró al Dr. Juan José Calle para la incorporación del principio del abuso del derecho en su ponencia del Título Preliminar que propuso a la Comisión Reformadora del Código Civil.

José León Barandiarán al comentar este dispositivo del Código Civil suizo dice: "Se trata de un complejo objetivo, en que han de apreciarse todas las circunstancias vinculadas al hecho, para saber si hubo mala fe en el agente".

El Código Civil ruso del 1° de enero de 1923 en el Art. 1° de la Parte General dice, que los derecho civiles están tutelados por la ley, salvo los casos en que sean ejercitados contrariamente a su objetivo económico o social lo que quiere decir que para el Código Civil soviético el abuso del derecho consiste en ejercer un derecho contrariando el objetivo económico y social. Evidentemente esta formulación corresponde a una nueva concepción del Estado y del Derecho, en el caso de Rusia soviética se asienta sobre las bases del materialismo histórico. Como dice Spotta[12] "La teoría objetiva y funcional, es aceptada, entonces, con amplitud: sólo se es titular de derecho y obligaciones civiles en el campo patrimonial, ya que el derecho de familia es objeto de un Código especial, en tanto queden cumplidos los fines estatales, o sea en cuanto no se lesione el espíritu de la legislación concebido en forma bien distinta al de la legislación prevaleciente en los países de régimen capitalista". Según el tratadista Angel Gustavo Cornejo, la fórmula del abuso del derecho en el Código ruso responde a la orientación del Estado de subordinar el orden jurídico a la realización de su fin.

El Código Civil de México de 1932 circunscribe la doctrina del abuso del derecho al derecho de propiedad, cuando en su Art. 840° dice que no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar un perjuicio a tercero sin utilidad para el propietario.

El Código Civil de Venezuela de 1942, en la segunda parte del Art. 1185° dice que "Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho", lo que hace consistir el abuso del derecho en ejercerlo con-

12 Alberto G. Spotta. **Tratado de Derecho Civil**. Edit. de Palma, 1947.

trariando las reglas de la buena fe o del objeto con el que se ha establecido ese derecho, causando un daño con ejercitar el derecho en tal forma.

El Código Civil de Brasil de 1916 no contiene disposición especial sobre el abuso del derecho, pero hace referencia tangencial a esa figura jurídica en su Art. 160º referente a los actos ilícitos. Clovis Bevillacqua, jurista brasileño, al comentar el primer inciso de ese artículo dice: "El ejercicio de un derecho cuando no es regular, cuando no se conforma con su destino económico y social, cuando ofende las exigencias étnicas, es considerado abusivo y acarrea responsabilidad". Para concluir manifestando que "Derecho abusivo es el derecho que teniendo una apariencia legítima comporta un desvío del orden jurídico".

El Código Civil de España, vigente desde mayo de 1974 en su Art. 7º contiene una disposición explícita sobre el abuso del derecho; dice: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"[13]. Como podemos observar toma en cuenta las reglas de la buena fe que son normas conforme a las que debemos obrar al ejercitar nuestros derechos. Luego tipifica el derecho como el ejercicio antisocial del mismo lo que denota el criterio objetivo y nos hace recordar la teoría de Saleilles para quien el abuso del derecho consiste en el ejercicio anormal del derecho, contrario a su destino económico y social. Si en un momento dado el titular ejercita su facultad contrariamente a la télesis social del derecho, está abusando de él. Sin embargo, debemos anotar que no descarta la intención del autor, a que alude la última parte de la disposición acotada (Art. 7º), como uno de los elementos para configurar el abuso del derecho. Para la mala intención no es suficiente para encontrar el abuso; debe tenerse en cuenta también "objeto" o "las circunstancias" en que se realice el acto. Nos hace pensar que tal fórmula acoge el criterio ecléctico de José Calvo Sotelo, ya que el propasamiento subjetivo debe trascender al exterior, es decir que

13 Versión proporcionada por el Dr. Julio Ayasta Gonzáles.

exista cierta "impureza objetiva" como denominaba el tratadista español. Impureza objetiva que debe traducirse en un daño para tercero. Dice el citado jurista que "todo derecho subjetivo posee dos valores de actuación; de un lado es prerrogativa jurídica, de otro lado todo derecho es una fuerza económica-social al mismo tiempo que categoría de índole moral". Según el Código español el ejercicio anormal de un derecho, que causa daño a tercero, dará lugar a la respectiva indemnización y a la adopción de las medidas "judiciales o administrativas" que impidan la persistencia del abuso. Por lo demás, la fórmula es demasiado amplia.

El Abuso del Derecho en la legislación peruana

El Dr. Juan José Calle, miembro de la "Comisión Reformadora del Código Civil Peruano" nombrada por Resolución Suprema de 26 de agosto de 1922, propuso la necesidad de fijar un plan de trabajo conforme al que cada uno de los miembros de esa Comisión tendría a su cargo determinadas materias del Proyecto de Código Civil que debía sustituir al vigente. Aprobada esa ponencia se le asignó la tarea de ocuparse del Título Preliminar, cuyo proyecto presentó en la sesión del 7 de febrero de 1923. De los 21 artículos que lo conformaban, el Art. VI decía: "A nadie puede prohibirse la acción que no está prohibida por la ley; pero ésta no protege el manifiesto abuso del derecho". La ponencia era novedosa, pues por primera vez se proponía en la legislación civil peruana un dispositivo que acogía la teoría del abuso del derecho, en forma concreta. En la sesión del 21 de febrero de 1923 se puso en discusión la ponencia del Dr. Calle y el Art. VI motivó un interesante debate en el que, luego de la fundamentación del Dr. Calle, intervinieron los Drs. Olaechea, Oliveira y Solf, miembros de la Comisión, quienes expusieron sus puntos de vista. Acordaron reservar el debate sobre este punto que se reabrió posteriormente como constan de las actas insertas en el fascículo VI. En esta oportunidad, el ponente Dr. Calle fundamentó su proyecto apoyándolo en lo expuesto por el tratadista francés Josserand. Discutido ampliamente el punto por todos los miembros de la Comisión, se acordó suprimir la primera parte del proyecto del Dr. Calle por considerarse que importaba una repetición del principio consagrado por el Art. 24° de la Constitución de

1920 en vigencia. Además se eliminó el vocablo "manifiesto" por considerarlo innecesario.

Quedó definitivamente incorporada la disposición en el Art. III del Título Preliminar del Proyecto, en la siguiente forma: "Art. III.- la ley no ampara el abuso del derecho" redacción que se mantuvo sin ninguna variante en el Art. II del Título Preliminar del Código Civil promulgado el 30 de agosto de 1936.

Anotamos que el antecedente legal del artículo referido se encuentra en el artículo II del Código Federal Suizo de 1907 que hemos comentado anteriormente.

La ubicación del artículo en el Título Preliminar de nuestro Código Civil es acertada ya que está en las disposiciones de carácter general aplicables a la economía del código. Se trata de un principio invívito en diversas instituciones reguladas por el referido cuerpo legal, por lo que resulta básico para el Juez que debe tomar en cuenta al aplicar una disposición legal.

Se ha criticado el texto del artículo por considerarlo diminuto ya que su formulación sólo contiene una declaración abstracta, sin carácter normativo. Se dice que no establece el criterio que fundamenta el abuso del derecho. El Dr. Lino Cornejo manifestó que no contiene una base sólida para caracterizar la figura, pues su formulación abstracta la hace de contenido indefinible. Coincidimos con la ilustrada opinión del destacado jurista Dr. José León Barandiarán, al desechar la objeción, por cuanto la disparidad de criterios en cuanto a su fundamentación teórica hace aconsejable que tal discrepancia no se refleja en el texto legal.

El criterio está sujeto a variaciones, de acuerdo con la evolución de la sociedad. Por eso sería inconveniente formular un texto determinado. Como dice el citado jurista "basta con insertar simplemente el mandato preceptivo". La cátedra y la academia, por un lado, y la jurisprudencia por otro, establecerán en cada caso el criterio informante para saber cómo y cuándo funciona la regla.

Puede ocurrir que el concepto científico del abuso del derecho evolucione y, entonces, el juzgador no podría aplicar este principio por cuanto su formulación ortodoxa no permitiría adaptarlo al nuevo criterio. Por eso creemos que basta con enunciar la norma; su fundamentación y explicación racional debe quedar librada a la interpretación doctrinaria y el alcance y dimensión de su interpretación debe quedar a cargo de la jurisprudencia.

Adoptar una fórmula estrecha importaría caer en casuísmos que quitarían toda su bondad al principio.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que hay que dar amplitud al Juez para aplicar el principio del abuso del derecho. No se le debe encasillar dentro del criterio objetivo ni dentro del criterio subjetivo. La intención, la finalidad, del acto, la buena fe, las costumbres y los usos del tráfico, la utilidad, la equidad son elementos que debe tener en cuenta el Juez para apreciar correctamente si el acto es abusivo.

Es innegable que se le impone una delicada tarea al juzgador.

Pero como dice el Dr. Luis A. Eguiguren "la fórmula que hemos adoptado es, evidentemente, vaga; pero siendo una teoría en formación, porque la vida la enriquece diariamente a través de la jurisprudencia, no sabríamos como podría tomar la categoría de dogma legal y claro".

Por lo demás, nuestro Código Civil de 1936 contiene una serie de preceptos en que el principio del abuso del derecho tiene su confirmación.

Tales los Arts. 1136° y 1137° de los que éste último, que tiene su antecedente en el Art. 160° de Código Civil brasileño, no considera actos ilícitos los practicados en el ejercicio regular de un derecho, el 163° que faculta a la mujer a no aceptar la decisión del marido cuando ésta constituya un abuso del derecho, el 861° que reconoce al tercero afectado o amenazado por un daño que se deriva del ejercicio abusivo de un derecho, que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido; el Art. 989° que responsabiliza al acreedor que abusa de la prenda por su deterioro o pérdida; el Art. 1138° sobre agobio del deudor, el Art. 1529°, inciso 3 que permita la rescisión del contrato de locación y conducción si el arrendatario abusa de la cosa; el inc. 2° del artículo 1595° que responsabiliza al comodatario por el menoscabo o ruina proveniente del abuso por el no empleo de la cosa de acuerdo con su naturaleza o con el pacto; el Art. 1637° considera abuso del derecho del mandatario emplear en su provecho lo que recibe del mandante, estando obligado a resarcir el daño.

Basta con los preceptos que a manera de ejemplos, citamos, para demostrar lo que aseveramos al comienzo de este acápite.

El Abuso del Derecho en el proyecto del Código Civil. En el Proyecto del Código Civil del Dr. Felipe Osterling Parodi presentó a con-

sideración del Poder Legislativo, bajo el epígrafe "Principios Generales", en el Art. VI del Título Primero se dice: "La ley no ampara el abuso del derecho. Se incurre en tal abuso, cuando en el ejercicio de su derecho, el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho. El interesado puede exigir que sean adoptadas las medidas adecuadas para evitar o suprimir el abuso, sin perjuicio de la indemnización que le corresponda".

Como se ve, en contraposición con la redacción escueta del Art. II del Título Preliminar del Código Civil vigente, la que emplea ese proyecto es explícita y algo ampulosa, posiblemente en el afán de volver al sistema de las definiciones utilizado en el Código Civil de 1852, como admiten algunos miembros de la Comisión constituida por D.S. N°95, sistema que adoptaron según afirma, con el objeto de "aclarar el sentido de las normas".

Advirtiendo las tachas y objeciones formuladas por juristas y abogados, ya individualmente o agrupados en instituciones, la Comisión Revisora constituida de acuerdo con la Ley N° 23403, modificó la redacción del proyecto Osterling (que resulta un anteproyecto), en cuanto se refiera al Abuso del Derecho, en la siguiente forma: "Art. II.- La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda".

Dicha disposición está en el título Preliminar precedida por el título Principios Generales.

Como observamos, el Proyecto de la Comisión Revisora presidida por el Dr. Alva Orlandini, mantiene la fórmula del Código Civil vigente en cuanto declara que la ley no ampara el abuso del derecho. Elimina la definición que de tal figura hizo el anteproyecto Osterling. Y adopta de éste la última parte referente al uso de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y exigir, en su caso, la indemnización respectiva.

La exclusión del fundamento, enunciado en el anteproyecto, nos parece acertada. La discrepancia de criterios para la fundamentación teórica del abuso del derecho, que ha motivado sendas discusiones de los tratadistas, demuestra las inconveniencias de adoptar uno de estos criterios en el texto legal que debe ser simplemente declarativo del

principio, tal como se incorporó por la Comisión Codificadora en el Código Civil de 1936 y que, según aparece de la Exposición de Motivos de dicho cuerpo legal, fue propuesta por el ilustre jurisconsulto Dr. Manuel Augusto Olaechea, quien considera que cualquiera aclaración sobre el fundamento de la institución constituía un "exceso del lenguaje". Como dice el tratadista Dr. J. León Barandiarán "se trata de una norma regulativa, informante general, de un sentido plástico y sinóptico, que evita amarrar, atar, ligar, sojuzgar el criterio a una predeterminada fórmula ortodóxa". Como anota el mismo jurista, "el concepto científico mismo del abuso del derecho puede evolucionar y el juzgador quedaría a la zaga, tributario del concepto impuesto de antemano por el legislador".

En la última parte del artículo referido hay una indicación acerca de las medidas que puede adoptar el tercero –a quien impropiamente se le denomina "interesado"- para contrarrestar el abuso del derecho y, en su caso, pedir la indemnización correspondiente. El antecedente legal de esta parte se encuentra en la última parte del Art. 7º del Código Civil español de 1974. Producido el abuso del derecho, la persona afectada por el mismo se opondrá a la pretensión del actor, exigiendo la adopción de las medidas que sean necesarias para evitar o suprimir el abuso. Tal oposición, considera el Dr. León Barandiarán, que es una especie de "*excepto dolis generalis*" que debe operar como supletorio de cualquier otro medio o recurso utilizable por el sujeto pasivo de la relación jurídica. La prueba incumbiría al excepcionante y serviría para fundamentar el fallo del Juez que dictará las medidas para evitar o suprimir el abuso si constata que el ejercicio del derecho se hace en forma irregular o excesiva. Subsidiariamente puede derivarse de ese ejercicio la obligación de indemnizar al tercero damnificado.- A manera de recapitulación diremos que lo importante es que se aplique el principio del Abuso del Derecho en la práctica, ya que son contados los casos en que se le ha dado vigencia efectiva, a pesar de estar incorporado en nuestra legislación desde 1936.

Análisis del Derecho y perspectiva de género

Rocío Villanueva Flores[1]

Esta conferencia panamericana tiene por objeto pensar en las estrategias para introducir el análisis de género en las facultades de Derecho. Me parece que hay, por lo menos, dos reflexiones que hacer. La primera, tiene necesariamente que ver con el número de feministas que somos profesoras en tales facultades y con lo que hemos hecho, o estamos haciendo, por serlo. Sinceramente mi opinión es que si no estamos dentro de las universidades, las posibilidades de introducir la perspectiva de género son bastante reducidas. Solo sabiendo y conociendo desde dentro cómo funcionan las facultades de Derecho podemos pensar en formas reales y eficaces para introducir el análisis de género. Sin embargo, soy consciente de que esta primera reflexión tiene que ver más con los objetivos del movimiento de mujeres y con la evolución de su posición frente al ordenamiento jurídico, y por ello no va a ser objeto de esta intervención.

La segunda, está vinculada con el Derecho y su aplicación, y de ella me voy a ocupar a continuación. Creo que una buena manera de contribuir con la reflexión de la forma cómo se puede introducir el análisis de género en la enseñanza legal, es planteando problemas concretos sobre el rol del Derecho, la identificación de normas jurídicas discriminatorias y la aplicación de los dispositivos legales.

1 Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú y Profesora de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien en América Latina los textos constitucionales reconocen derechos fundamentales a las mujeres, aún persisten normas discriminatorias. Peor aún, incluso rigiendo normas jurídicas aparentemente ventajosas para nosotras, la aplicación de las mismas resulta, en ocasiones, abiertamente contraproducente.

Por ello, es interesante identificar los obstáculos del sistema jurídico, proponer soluciones y evidenciar cómo la eficacia de los derechos de las mujeres, no es ya tanto un problema del reconocimiento legal de derechos cuanto de aplicación de las normas jurídicas.

Quiero precisar que las dificultades en la protección de los derechos de las mujeres, no sólo se presentan en los ordenamientos jurídicos en los que la ley es la principal fuente, sino también en el sistema anglosajón de derecho común. Así lo ha sostenido Mary Jane Mossman, quien afirma que la doctrina del precedente también puede convertirse en un instrumento poderoso para mantener el *status quo* y para racionalizar la denegatoria de nuevos reclamos[2]. Lo que hay que tener presente es que las barreras que hay que vencer para mejorar la condición legal de las mujeres son de tipo cultural y ellas van más allá de la familia del Derecho en la que el sistema jurídico se ubique. Y es en este punto en el que la perspectiva de género es útil para evidenciar cómo el Derecho también ha contribuido a reforzar el conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a las mujeres y a los hombres.

El feminismo académico anglosajón impulsó el uso de la categoría *gender* en los años setenta para separar las construcciones sociales y culturales de la biología. De esta forma, se pone de manifiesto que las características humanas consideradas 'femeninas' son adquiridas por las mujeres mediante un complejo proceso individual y social, en vez de derivarse naturalmente de su sexo"[3]. La categoría género "pasa a ser una forma de denotar las construcciones culturales, la creación totalmente social de las ideas sobre los roles apropiados para mujeres y hombres"[4].

2 Mary Jane Mossman, "*Feminism and Legal Method: The Difference it Makes*", en ***At Boundaries of Law. Feminism and Legal Theory***, Martha Albertson Fineman y Nancy Sweet Thomadsen (eds.), Routledge, Nueva York, 1991, p. 292.

3 Marta Lamas, "Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género", en **Género. Conceptos básicos**, Programa de Estudios de Género, Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 65.

4 Joan Scott, "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en **Género. Conceptos básicos**, *op. cit.*, p. 15.

La perspectiva de género también es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los jueces siguen expidiendo resoluciones cuyo contenido pareciera desconocer tales derechos. Y es que, como afirma Marcela Lagarde, la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven[5], y por eso los operadores del Derecho siguen considerando que las mujeres deben observar determinados comportamientos, aunque, formalmente, la norma jurídica no los exija. Esto se nota, por ejemplo, en las investigaciones policiales y judiciales de los delitos contra la libertad sexual, pues a partir de las preguntas que se efectúa a las víctimas, se desprende que los operadores del Derecho esperan que ellas hayan tenido una conducta sexual irreprochable antes de la comisión del delito, para ser 'merecedoras' de la protección del Estado. De esta forma, la investigación se desplaza del delito denunciado al pasado sexual de las víctimas, aunque legalmente, sea posible sancionar a quien viola a una prostituta.

1. El rol del derecho: perfeccionismo ético vs. autonomía individual

No hay rama del Derecho que no pueda ser analizada desde la óptica de los derechos humanos, máxime si se quiere determinar la justicia o injusticia de las normas jurídicas.

Ronald Dworkin distingue tres clases de teorías de la justicia, las que se basan en derechos, las que se basan en deberes, y las que se basan en metas colectivas, según sean los derechos individuales, los deberes que se imponen a las personas, o las metas colectivas a alcanzar, el elemento fundamental, aunque no único, de la respectiva teoría de la justicia[6]. El utilitarismo es un ejemplo de teoría de la justicia basada en metas colectivas, mientras que los imperativos categóricos kantianos componen una teoría basada en deberes. En cambio, las teorías basadas en derechos humanos, son el ejemplo clásico de teoría de la justicia basada en derechos individuales.

---

5 Marcela Lagarde, **Género y desarrollo desde la teoría feminista**, Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (Cidem).

6 Ronald Dworkin, **Los derechos en serio**, traducción de Marta Guastavino, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 261.

En la actualidad existe consenso en considerar que un sistema jurídico es justo cuando consagra y respeta los derechos humanos[7]. Ahora bien, el fundamento de estos derechos es quizá uno de los problemas más complejos de la filosofía moral. Aunque no es objeto de este artículo discutir sobre tal problema, sí quiero referirme, aunque sea brevemente, a uno de los principios que, en mi opinión, no puede estar ausente de la fundamentación de los derechos humanos: el principio de autonomía individual.

El principio de autonomía individual prescribe que "siendo valiosa la elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"[8]. De acuerdo con el citado principio, la interferencia del Estado queda limitada a las conductas que perjudican a terceros[9].

En opinión de Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual fundamenta determinados derechos básicos, como la libertad de realizar cualquier acto que no perjudique a terceros, la libertad de expresión de ideas religiosas, la libertad en el desarrollo de la vida privada, la integridad corporal y psíquica, el derecho al trabajo, etc.[10]. Estas manifestaciones del principio de autonomía están reconocidas en los textos constitucionales de América Latina.

A pesar de su reconocimiento constitucional, el sistema jurídico no siempre ha respetado la autonomía de las mujeres, y por ello hemos sido objeto de normas legales que han dificultado o impedido que podamos elaborar nuestros propios planes de vida, y que seamos, en definitiva, dueñas de nuestro propio destino.

La concepción opuesta al principio de autonomía individual se denomina perfeccionismo. Según esta concepción, lo que es bueno para

7 Francisco Laporta, "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo", en **Historia de la ética**, tomo III, Victoria Camps (de.), Editorial Crítica, Barcelona, 1989, pp. 292-294.

8 Carlos Santiago Nino, **Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación**, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205.

9 Sobre las excepciones al principio liberal del daño véase Garzón Valdés, ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en **Doxa** Nº 5, Alicante 1988, pp. 155-173.

10 Nino, **Ética y derechos humanos** ..., *op. cit.* pp. 224-229.

un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de formas de vida, pudiendo el Estado, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses o planes de vida que considera objetivamente mejores[11].

El Estado se ha valido del ordenamiento jurídico para imponer modelos de virtud personal, reforzando a través de las normas legales patrones de comportamiento abiertamente contrarios al principio de autonomía individual, equiparando muchas veces, la esfera del pecado a la esfera del delito[12]. Hay que tener en cuenta el innegable poder del Derecho, pues a diferencia de otros sistemas normativos monopoliza el uso de la fuerza en la sociedad. De ahí que, por ejemplo, sólo el Código Penal pueda, legalmente, imponer penas privativas de libertad.

La imposición de formas de vida, de roles o de patrones de comportamiento mediante disposiciones legales se puede hacer de dos maneras. La primera, directamente, sancionado a aquellas personas que se apartan de dichos patrones. La segunda, indirectamente, desprotegiendo o colocando en una situación de indefensión a quienes se apartan de ellos. Éste ha sido el caso de algunas normas penales.

1.1. El refuerzo directo de roles y modelos de virtud personal

El Derecho ha contribuido a reforzar patrones de conducta y modelos de virtud personal, pues los distintos roles socialmente asignados a las personas sobre la base del sexo fueron incorporados al Derecho, a través de normas jurídicas discriminatorias para la mujer[13]. Veamos algunos ejemplos.

El primero de ellos es la regulación penal del adulterio en el primer Código Penal peruano, de 1863[14].

Artículo 564º.- La mujer que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de seis meses.

---

11 *Ibidem*, p. 205.

12 Véase H.L.A. Hart, ***Law, Liberty and Morality***, Oxford Paperbacks, 1971, pp. 1-24.

13 Sobre el principio de igualdad véase Francisco Laporta, "El principio de igualdad: introducción a su análisis", en **Sistema** Nº 67, Madrid, julio, 1985, pp. 3-31 y **El concepto de igualdad**, Amelia Valcárcel (comp.), Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

14 Este código rigió hasta 1924.

El sujeto activo del delito de adulterio era la mujer. La conducta idéntica del hombre no estaba sancionada, pues la cónyuge era la única llamada por la ley a tener una conducta virtuosa y en consecuencia, a ser fiel a su marido. Se escondía detrás del artículo citado la concepción de que era "propio" o "natural" de la mujer ser fiel mientras era "propio" o "natural" del marido ser infiel, distinción que se cuestiona desde la perspectiva de género.

Por su parte, el artículo 110° del Código Civil de Guatemala, vigente desde 1963, establece el deber del esposo de proteger y asistir a su mujer, estando obligado a suministrarle todo lo necesario para el sostenimiento del hogar. En cambio, la mujer tiene, especialmente, el derecho y la obligación de atender y cuidar a sus hijos durante la minoría de edad y dirigir los quehaceres domésticos. Adicionalmente, el artículo 113° del mismo cuerpo legal, establece que la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, siempre y cuando estas actividades no perjudiquen el interés y cuidado de los hijos y demás atenciones del hogar. Una vez más el Derecho asume que lo "propio" de la mujer es atender las tareas domésticas mientras que lo "propio" del hombre es trabajar fuera del hogar.

Cabe destacar que el artículo 49° de la Constitución de Guatemala señala expresamente que el Estado debe promover la igualdad de derechos de los cónyuges y la paternidad responsable. Asimismo, Guatemala ha suscrito la Convención sobre los Derechos Políticos de las Mujeres (ratificada el 7 de octubre de 1959), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada el 12 de agosto de 1982) y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (ratificada el 7 de setiembre de 1951)[15].

El Derecho es, en el ejemplo guatemalteco, un instrumento para reforzar el rol tradicionalmente asignado a las mujeres, de crianza de los hijos, actividad de la que, social y legalmente, se excluye a los varones guatemaltecos.

15 Véase **Mujeres del mundo: leyes y políticas que afectan sus vidas reproductivas. América Latina y el Caribe**, Centro legal para derechos reproductivos y políticas públicas - DEMUS, Estudio para la defensa de los derechos de la mujer, Nueva York, 1997, pp. 120 y 127.

1.2. El refuerzo indirecto de modelos de virtud personal

El Código Penal de 1924, que rigió en el Perú hasta 1991, reguló el delito de seducción en el Título I, Delitos contra la libertad y el honor sexuales, de la sección Tercera, Delitos contra las buenas costumbres:

Artículo 201.- Será reprimido con prisión no mayor de dos años, el que sedujera y tuviere el acto carnal con una joven de **conducta irreprochable** de más de catorce años y menos de dieciocho, siempre que no medie la circunstancia agravante prevista en el tercer párrafo del artículo 199, en cuyo caso la pena será de prisión menor de dos años.

Si bien, y a diferencia del ejemplo anterior, la ley no exigía directamente un específico comportamiento, limitaba su protección a aquellas jóvenes que hubieran guardado un comportamiento irreprochable. Este comportamiento fue interpretado por la jurisprudencia peruana de la siguiente manera:

> "La ley no protege el hecho de la virginidad en sí mismo, sino la honestidad. Mujer honesta es la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente, en época anterior a la del nuevo delito" (Ejecutoria del 30 de marzo de 1937).
>
> "(...) No puede reputarse conducta irreprochable en la presunta agraviada, quien se embriaga con personas a quienes recién conocía" (Ejecutoria de 25 de junio de 1945).

Otro ejemplo de refuerzo indirecto de patrones de virtud personal fue el artículo 196° del Código Penal de El Salvador, que rigió hasta enero de 1998. Según este artículo, el delito de violación de una prostituta, se sancionaba con una pena de tres meses a dos años de prisión, pena mucho menor que la impuesta para el delito de violación de cualquier otra persona.

Para defender que normas legales como las citadas sean derogadas es importante tener presente que la función del Derecho no consiste en imponer patrones de virtud personal, sino en garantizar que los individuos, hombres y mujeres, puedan elegir libremente sus proyectos de vida. Ello debe ser así en todo sistema jurídico que se considere respetuoso de la autonomía individual y del principio de igualdad. Como afirma Robert Alexy "el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la deci-

sión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar su campo de decisión"[16]. Estos derechos sirven para afirmar valores[17] , y para dotar al sistema jurídico de un contenido ético, que permita respetar la elección de las personas.

Por ello, se recurre a la autonomía individual para defender, por ejemplo, la despenalización del consumo de drogas. Como afirma Carlos Santiago Nino, esto no significa "que el envilecerse y degradarse no deba ser condenado en contextos no jurídicos: sólo significa que, como decía el penalista Francesco Carrara, las funciones de un legislador no deben confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a los súbditos, en palabras de ese autor: sed viciosos si os place, tanto peor para vosotros, yo no tengo derecho a infligiros penas por ello"[18].

2. La identificación de las normas jurídicas discriminatorias

La aprobación de textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y en particular, el derecho a la igualdad, suele conllevar un proceso de reforma de aquellos códigos y leyes que contienen normas discriminatorias. Además, como en el caso peruano, existen ordenamientos jurídicos en los que los jueces, por mandato constitucional, deben inaplicar las normas legales que consideran inconstitucionales (control difuso)[19].

Sin embargo, a pesar de que el derecho a la igualdad se encuentra reconocido en los textos constitucionales y en tratados internacionales suscritos por los países latinoamericanos, aún persisten normas que discriminan directa e indirectamente.

---

16 Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 412.

17 Elizabeth M. Schneider, "*The Dialectics of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement*", en ***At Boundaries of Law***..., ***op. cit.***, p. 303.

18 Nino, **Ética y derechos humanos** ..., ***op. cit.***, p. 427.

19 El artículo 138° de la Constitución peruana de 1993 establece que "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)".

2.1. La discriminación directa

La discriminación directa es el tratamiento jurídico diferenciado, injustificado y desfavorable a una persona por razón de sexo[20]. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 45° del Código Civil peruano establece que:

> "La incapacidad de las personas de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste".

Por su parte, el artículo 1,749° del Código Civil chileno señala que:

> "El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer (...)".

Asimismo, el artículo 107° del Código Civil chileno permite tanto a hombres como a mujeres contraer matrimonio a la edad de 18 años. No obstante, la mujer mayor de 12 años y el hombre mayor de 14, pueden celebrarlo autorizados por su padre legítimo, y a falta de éste por su madre legítima.

Otro ejemplo de norma discriminatoria directa es el artículo 109° del Código Civil de Guatemala, que dispone que la representación conyugal corresponde sólo al marido.

Quiero resaltar que si bien el sexo debe tenerse en cuenta como "categoría sospechosa"[21] para evaluar si una norma jurídica es discriminatoria, existen supuestos en los que está justificado un trato diferenciado por razón de sexo, como la normativa sobre embarazo y maternidad. Sin embargo, estas previsiones del legislador no son libres, sino que se deben justificar por su razonabilidad[22]. También está justificado

20 Véase, Fernando Rey Martínez, **El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo**, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p. 68.

21 Véase Rocío Villanueva, "Las cuotas de mujeres en las listas electorales", en **Socialismo y participación** N° 79, Lima, setiembre de 1997, p. 33.

22 Pablo Pérez Tremps, "Constitución y derechos de la mujer", ponencia presentada al

un tratamiento diferenciado en el caso de acciones afirmativas para las mujeres[23].

A pesar de los ejemplos citados, hay que reconocer que con la aprobación de textos constitucionales que consagran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, cada vez son menos frecuentes en América Latina normas jurídicas que discriminan directamente. Son más peligrosas aquellas disposiciones jurídicas que lo hacen no expresamente sino de forma indirecta.

2.2. La discriminación indirecta

Según el Tribunal Constitucional español, la discriminación indirecta se presenta en "tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre personas de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales" (STC 145/1991)[24]. Como señala Alda Facio, "para decidir si una ley es discriminatoria hay que analizar sus efectos, no sólo su redacción"[25].

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ha señalado en su artículo 1° lo siguiente :

> "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, -independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer-, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"

II Curso Internacional Mujer y Derechos Humanos, organizado por Manuela Ramos y el Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), Lima, noviembre de 1996, p. 17.

23 Véase Rocío Villanueva, "Las cuotas de mujeres ...", ***op. cit.***, pp. 31-37.

24 Para Alda Facio este tipo de discriminación se presenta cuando una ley "es susceptible de ser interpretada y aplicada de forma discriminatoria o cuando es conocida por la población en general en forma discriminatoria", véase **Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal**, Ilanud, Proyecto Mujer y justicia penal, San José, 1992, pp. 83-84.

25 *Ibidem*, p. 82.

El artículo 337º del Código Civil peruano, ubicado en el Libro III, Derecho de Familia, referido a las causales de separación de cuerpos y de divorcio, antes de su modificación por el Tribunal Constitucional, constituía un buen ejemplo de norma discriminatoria indirecta:

> Artículo 337º: La sevicia[26], la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

Este artículo discriminaba indirectamente a las mujeres, pues a pesar de estar redactado de forma neutral, son las personas de sexo femenino las principales víctimas de violencia familiar. El citado dispositivo legal posibilitaba al juez a declarar infundada una demanda de divorcio, si la mujer tenía sólo educación primaria o escasos recursos económicos.

En doctrina se interpretaba tal artículo de la siguiente manera:

> "Los jueces al momento de expedir sentencia, no solo deben tener en cuenta las pruebas actuadas en el proceso, sino también dos condiciones esenciales establecidas expresamente en la ley civil:
>
> a) La educación de los cónyuges, esto es, su grado de cultura.
>
> b) Las costumbres de los cónyuges, las que serán apreciadas teniendo en cuenta su posición social.
>
> c) Estas condiciones son fundamentales por cuanto no en todas las personas tienen el mismo efecto los agravios o maltratos. Ello depende de las condiciones personales y familiares de los esposos, de su grado de sociabilidad, del ambiente en que viven, de la formación moral, religiosa e intelectual que han recibido. Nuestra ley civil deja en manos de los jueces la apreciación de estas condiciones, a fin de calificar debidamente si los hechos invocados en la demanda constituyen realmente sevicia"[27].

No había en la doctrina tradicional ninguna referencia a los derechos fundamentales vulnerados en el caso de la violencia familiar. Cabe

26 Violencia familiar.

27 José R. Taramona, **Manual del juicio de divorcio**, Edigraf S.A., Lima, 1985, p. 53.

señalar que la derogación del citado artículo había sido incluso recomendada por las Naciones Unidas[28].

El 20 de diciembre el Defensor del Pueblo del Perú presentó una acción de inconstitucionalidad contra el referido artículo 337° por violar, entre otros, los derechos de integridad personal y de igualdad, reconocidos en el artículo 2° incisos 1) y 2) de la Constitución Política del Perú. No sólo había en el artículo 337° una discriminación indirecta contra las mujeres sino una discriminación de clase. El caso fue resuelto mediante sentencia de fecha 29 de abril de 1997. El Tribunal Constitucional peruano declaró fundada en parte la demanda, en lo relativo a las causales de sevicia y de conducta deshonrosa.

Otro ejemplo de discriminación indirecta es el artículo 293° del Código Civil peruano. El mencionado artículo estatuye que:

> "Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia".

Considero que se trata de un artículo discriminatorio, pues la distribución de los roles sobre la base del sexo, ha determinado que mayoritariamente sean las mujeres quienes se ocupen de las labores domésticas y por lo tanto, en la práctica, sean sólo ellas quienes requieran la autorización del marido para trabajar fuera del hogar.

3. La aplicación del derecho

Al iniciar este artículo he sostenido que aunque las leyes sean aparentemente beneficiosas para las mujeres, su aplicación resulta, en algunos casos, absolutamente contraproducente. Ése fue el problema por el que ha atravesado la Ley N° 26260, Ley contra la violencia familiar, en el Perú[29]. Creo que este es un tema tanto o más preocupante que el de las

28 Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1996.

29 Véase, Rocío Villanueva, "Notas sobre interpretación jurídica. A propósito de la Ley

normas discriminatorias. Por ello quiero plantear los problemas que pueden presentarse en la aplicación del Derecho así como hacer referencia a la forma cómo se aborda en doctrina algunos de los supuestos de la teoría estándar de la argumentación jurídica.

3.1. Los supuestos de la teoría estándar de la argumentación jurídica

Según Manuel Atienza, la argumentación jurídica puede darse en tres ámbitos: en la producción o establecimiento de normas jurídicas, en la aplicación del derecho y en la dogmática jurídica[30]. Sin embargo, voy a ocuparme exclusivamente de ciertos problemas de la argumentación jurídica en la aplicación del Derecho. Ello me parece imprescindible, pues en las diferentes ramas del ordenamiento legal se aborda, o se debería abordar, la cuestión de los conflictos jurídicos, y la forma de solucionarlos. De allí el interés que debemos tener en el tema, quienes nos dedicamos a la enseñanza del Derecho.

Las teorías de la argumentación jurídica no solo se ocupan de cómo los jueces justifican las resoluciones sino también de cómo deberían justificarlas. Por lo tanto, este esfuerzo por estudiar la actividad que realizan los operadores del Derecho no sólo pretende verificar el cumplimiento del mandato constitucional de motivación judicial, sino analizar cuál es la mejor forma en que ellos deben fundamentar las resoluciones que expiden, y qué elementos son relevantes en este proceso.

Voy a ocuparme en las próximas páginas de revisar algunos de los supuestos de los que parte la teoría estándar de la argumentación jurídica[31], para dar cuenta de cómo argumentan, o deberían argumentar, los jueces. Tales supuestos pueden ser cruciales para la defensa de los derechos de las mujeres.

3.1.1. El silogismo judicial y el razonamiento deductivo

Durante algún tiempo se entendió que al razonamiento jurídico podían aplicarse, sin mayor problema, las reglas de la lógica deductiva.

Nº 26260 y la violencia familiar" en **Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho**, Manuela Ramos, Lima, 1996, pp. 93-114.

30 Manuel Atienza, **Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 19-20.

No obstante, tal como afirma Manuel Atienza, una aproximación de este tipo no permitía entender todos los aspectos de la argumentación jurídica. La conciencia de esta insuficiencia, dio origen a lo que hoy conocemos como teoría de la argumentación jurídica[32].

En opinión del citado autor, con el que concuerdo en esta parte, varios son los motivos de insatisfacción de la lógica deductiva. El primero de ellos consiste en que la lógica deductiva sólo suministra criterios de corrección formales, pero se despreocupa de las cuestiones materiales o de contenido[33], que tanto interesan al Derecho. Desde el punto de vista estrictamente lógico, a partir de premisas falsas, se puede argumentar correctamente.

Un segundo motivo de insatisfacción, radica en que el argumento válido deductivamente se refiere a premisas y conclusiones que pueden ser verdaderas o falsas. No obstante, en el Derecho los argumentos parten muchas veces de, y llegan a, normas, es decir, enunciados respecto de los cuales no se puede predicar verdad o falsedad. Para salvar esta segunda dificultad, Atienza propone distinguir dos cosas. En primer lugar, hay que responder a la pregunta de si la relación que guardan las normas válidas (pertenecientes a un sistema) son relaciones de tipo lógico. La respuesta es negativa pues en un mismo sistema puede haber normas contradictorias[34].

La segunda pregunta que hay que formular es si se puede inferir válidamente una norma de otra. Aquí, afirma Atienza, la respuesta es afirmativa. De lo que se trata es de corregir la definición de argumento deductivo de la siguiente manera: "Tenemos una **implicación o inferencia lógica o una argumentación válida** (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien correctas, justas, válidas, etc.)"[35].

31 Los principales autores de lo que se conoce como teoría estándar de la argumentación jurídica son Neil MacCormick, ***Legal Reasoning and Legal Theory***, Calerendon Press, Oxford, 1978; Carlos Santiago Nino, **La validez del Derecho**, Astrea, Buenos Aires, 1985; Aulis Aarnio, **Lo racional como razonable**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Véase Atienza, **Las razones del Derecho** ..., ***op. cit.***, pp. 22-26.

32 Atienza, **Las razones del Derecho**..., ***op. cit.***, p. 235.

33 *Ibidem*, p. 32.

34 *Ibidem*, p. 35.

35 *Ibidem*, p. 36.

Una tercera dificultad de la aplicación de la lógica deductiva al razonamiento jurídico consiste en el carácter de necesariedad, que tiene el paso de las premisas a la conclusión[36]. En el razonamiento jurídico el paso de las premisas a la conclusión no es necesario sino, en el mejor de los casos, altamente probable.

Una cuarta dificultad está relacionada a los límites del silogismo judicial. El razonamiento jurídico es entimemático. Esto significa que en él no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas, pudiendo la conclusión variar cuando se dan informaciones adicionales. En cambio, la lógica deductiva es monotónica, pues si de las premisas $p \rightarrow q$ y p se infiere q, esa misma conclusión se sigue infiriendo por más que agreguemos nuevas premisas. Ello explica por qué el legislador fija un margen para que el juez determine las penas privativas de libertad o establece causales que eximen de responsabilidad penal. Dicha determinación puede depender de la gravedad de los hechos, de la peligrosidad del delincuente, etc.

Por otro lado, el silogismo judicial concluye con un enunciado que establece que A debe ser condenado, en cambio la sentencia **condena** a A. En opinión de Atienza, la sentencia judicial pasa del plano del discurso al de la acción (la condena), lo que cae fuera de la lógica[37].

Una quinta dificultad se presenta en el razonamiento por analogía, en el que el establecimiento de la premisa mayor, es el resultado de un razonamiento no deductivo, aunque según Atienza, el argumento puede volverse deductivo añadiéndole premisas[38].

Estas dificultades sirven para comprender por qué el razonamiento judicial, aunque sea presentado como un razonamiento deductivo, se ocupa de problemas materiales, cuya solución implicará, por parte del juez, valoración y elección entre diferentes alternativas De ahí que cuestionemos la tajante distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, así como la no siempre clara diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles.

36 *Ibidem*, pp. 36-39.
37 *Ibidem*, p. 42.
38 *Ibidem*, p. 43.

3.1.2. Casos fáciles y casos difíciles: justificación interna y justificación externa

En el Derecho es común distinguir entre los casos fáciles y los casos difíciles. Aun reconociendo las dificultades de la aplicación de la lógica deductiva, se ha dicho que los primeros pueden ser resueltos mediante un razonamiento deductivo[39]. Por el contrario, en los casos difíciles establecer la premisa normativa o la premisa fáctica puede dar lugar a argumentaciones no deductivas. De este modo, la justificación interna es sólo un problema de lógica deductiva, en cambio, en la justificación externa hay que ir más allá de dicha lógica.

Según Wrobleski, de quien se toma la distinción entre estas dos formas de justificación, "cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión"[40] .

Riccardo Guastini ha cuestionado que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, sea objetiva[41], pues es más bien producto de la interpretación[42].

Siguiendo la corriente más conservadora en el tema de violencia familiar, que no comparto[43], podríamos clasificar un caso en el que hay varios hechos de violencia comprobados como uno fácil, pues tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia han exigido la reiterancia de las agresiones, para declarar fundada una demanda de divorcio por violencia física o psicológica[44]. Por ello, la jurisprudencia peruana estableció

39 Véase Hart, **El concepto de Derecho**, Editora Nacional, México, 1962, traducción de Genaro Carrió, pp. 157-169; Genaro Carrió, **Notas sobre Derecho y lenguaje**, Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 55-61.

40 Jerzy Wroblewski, **Sentido y hecho en el Derecho**, Universidad del País Vasco, San Sebastián, traducción de Juan Igartua Salaverría, p. 35.

41 Riccardo Guastini, ***Dalle fonte alle norme***, G. Giapipichelli Editore, 1992, p. 111.

42 Riccardo Guastini, "*Genaro Carrió e la trama aperta del diritto*" en ***L'analisi del ragionamento giuridico***, Materiale ad uso degli studenti a cura de Paolo Comanducci-Riccardo Guastini, vol. II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 157.

43 Véase Rocío Villanueva, "Notas sobre la interpretación jurídica...", ***op. cit.***, pp. 109-114.

44 Véase las ejecutorias supremas citada por Carmen Julia Cabello en **Divorcio y jurisprudencia en el Perú**, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, pp. 103-106.

que la acción de divorcio por sevicia era fundada, aunque no se hubiera causado daños materiales y físicos a la demandante. "si el marido comete contra ellas **actos vejatorios** de intimidación y amenaza" (Ejecutoria de 1954).

Sin embargo, como veremos en el siguiente punto, las magistradas de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, **convierten** un supuesto caso fácil en uno difícil, al exigir, ya no reiterancia sino permanencia, y al justificar la violencia cuando ésta se produce como reacción ante determinados hechos.

3.1.3. Explicar y justificar: contexto de descubrimiento y contexto de justificación

A partir de una distinción de la filosofía de la ciencia, se suele diferenciar entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. En el primero se ubican las llamadas razones explicativas, que tienen que ver con los móviles psicológicos, el contexto social o las circunstancias políticas. En el segundo, se incluyen las razones justificatorias, que "no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista, como el punto de vista moral, el prudencial y tal vez el jurídico, según sea la conclusión de esta misma discusión"[45].

Dicha distinción ha sido un punto de partida de la mayor parte de autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica. En consecuencia, tradicionalmente se ha sostenido que "las cuestiones de hecho (esto es, la forma como en efecto fueron creadas las ideas) no tienen relevancia para la justificación de las teorías ni, *mutatis mutandi*, para la justificación de la decisión judicial"[46] .

A su vez, a partir de la distinción planteada, se hace referencia a dos perspectivas. La primera, la de las ciencias sociales, que se ocupa del proceso mental para tomar decisiones y que se considera de interés para los psicólogos y sociólogos. La segunda, propia de las disciplinas

45 Carlos Santiago Nino, La validez ..., *op. cit.*, p. 126.

46 Ana Laura Nettel, "La distinción entre el contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial", en **Isonomía, Revista de teoría y filosofía del Derecho**, Nº 5, México, 1996, p. 110.

que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado, y que se considera de interés para los filósofos. La teoría estándar de la argumentación jurídica se ubica dentro de esta segunda perspectiva[47], dejando de lado todo aquello que tiene que ver con la forma cómo se llegó a la decisión. En esta segunda perspectiva, quien analiza la justificación de una resolución, está interesado en ver si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas y no en explicar los motivos, creencias o ideas de quienes deciden.

Esta división que marca cuál debe ser la preocupación de quien intenta justificar una resolución judicial, puede constituir una dificultad para la protección de los derechos de las mujeres.

En mi opinión, no es tan sencillo realizar una división tajante entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, pues las creencias e ideología de los jueces juegan un papel importante en la resolución de los conflictos. Tal como veremos más adelante, la interpretación que se dé al contenido de una norma puede depender, en gran medida, de los valores o pautas culturales que siga un juez. Dichos valores o pautas deben ser tenidos en cuenta para cuestionar una determinada justificación, o para saber por qué aceptarla.

Así lo ha entendido Ana Laura Nettel, al afirmar que no es posible respetar la división entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación y entrar al análisis de cómo de hecho los juzgadores conforman su íntima convicción[48]. Es en el contexto de descubrimiento en donde se ubican los roles socialmente asignados a hombres y mujeres, pero que pueden manifestarse en la interpretación de las normas jurídicas o en la valoración de las pruebas.

Pongamos un ejemplo real para ilustrar por qué no es tan sencillo establecer la diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, y por qué el primero de ellos también debe interesar al filosófo y al jurista.

El artículo 333° del Código Civil peruano establece, en sus incisos 2° y 4°, que son causales de divorcio:

> 2. La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias.
> 4. La injuria grave.

47 Atienza, Las razones del Derecho ...,, *op. cit.*

48 Nettel, La distinción entre contexto de descubrimiento..., *op. cit.* p. 110.

El día 27 de diciembre de 1995, la señora L.L. de K., esposa de un acaudalado empresario limeño, presentó ante un juzgado peruano una demanda de divorcio por violencia psicológica e injuria grave, aduciendo que era víctima de una conducta permanente de menosprecio, insultos y agresiones verbales hacia su persona por parte de su cónyuge, el señor G.K.C. Llevaban 23 años de matrimonio y tenían cuatro hijos, dos de ellos menores de edad (12 y 16 años).

Entre los hechos descritos y las pruebas acompañadas, cabe citar lo siguiente

a) El día 12 de mayo de 1995, luego de una discusión, el demandado dio la orden a las empleadas del hogar de no obedecer ni atender a la demandante, indicando que él era quien mantenía la casa. Luego de ello, y en presencia de su menor hija de 12 años, subió a la sala de estar, tratando de agredir a su esposa. Ante los gritos del marido, uno de los hijos mayores se levantó para evitar que el demandado golpeara a la demandante. Lo mismo hizo la hija, quien llorando impidió que su padre maltratara a su madre. De estos hechos da cuenta la denuncia policial presentada en la Comisaría de Mujeres de Lima, el 29 de mayo de 1995.

b) Con fecha 7 de junio de 1995, con ocasión de un incidente suscitado con una de las empleadas del hogar, la reacción del demandado fue insultar a gritos a la demandante, tirar al suelo utensilios en la cocina, cortar los cables del teléfono para evitar que llamara al servicio de seguridad del distrito (serenazgo) y arrojar la tetera con agua caliente. Fotografías presentadas con la demanda, dan cuenta de estos hechos.

c) El día 16 de junio de 1995, el demandado llegó ebrio a la casa y ante todos sus hijos se refirió a la demandada en términos soeces. La demandada grabó estos insultos y la grabación fue presentada con la demanda.

d) En otra oportunidad el demandado destrozó dos blusas de seda de la demandante. Las fotografías de estas prendas de vestir, demuestran los hechos aducidos.

Además de demandar el divorcio por causal de violencia psicológica e injuria grave, la cónyuge solicitó una pensión anticipada de alimentos, la tenencia de los hijos menores de edad así como la autorización judicial para retirarse del hogar.

e) Antes de que se admitiera la demanda, el cónyuge agredió físicamente a la demandante, produciéndole una herida en una oreja. Esta agresión fue denunciada en la comisaría y la demandante pasó el examen médico legista. Dichas pruebas fueron presentadas ante el juzgado. Después de esta agresión, ella abandona la casa conyugal, en compañía de su hija de 12 años edad, llevándose algunas de sus pertenencias.

f) Una vez que la señora L.L. de K se retira del hogar conyugal, su esposo ordenó que el resto de las pertenencias fueran puestas en bolsas de basura y enviadas al depósito de una tienda de ropa de la familia de la demandante. Muchos de los objetos personales llegaron rotos al depósito. Para demostrar el agravio y el estado de los objetos personales, se levantó un acta notarial y se tomaron fotografías de las bolsas de basura en la que fueron remitidas las prendas de la demandante.

g) Un día el demandado llamó por teléfono a su hija, e insultó a la demandante. Este hecho provocó el llanto de la niña. La conversación y los insultos fueron grabados, y la cinta presentada en el juzgado.

Mediante sentencia de fecha 2 de junio de 1997, el Juez de Familia (primera instancia) declaró fundada la demanda, a pesar de que señaló que por violencia psicológica había que entender "la **crueldad excesiva** de uno de los cónyuges hacia el otro", y por injuria grave "la **ofensa inexcusable** manifestada verbalmente o a través de una conducta que atentara contra los deberes de respeto mutuo, fidelidad y asistencia que se deben los cónyuges". En otras palabras, según el Juez de Familia, la crueldad y la ofensa (a secas) no son suficientes para declarar fundada una demanda de divorcio, sino que se exige que sean excesivas e inexcusables. Por el contrario, no se toma en cuenta los derechos fundamentales de la víctima, vulnerados por el agresor desde el primer acto de violencia.

El cónyuge demandado apeló la sentencia, y la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima la revocó, declarando infundada la demanda de divorcio, mediante sentencia de fecha 23 de setiembre de 1997.

A continuación transcribo parte de la citada sentencia:

Expediente Nº 1749-97

"CONSIDERANDO:
Primero.- Que revisados los autos, puede colegirse que si bien es cierto la parte demandante ha aportado medios probatorios (documentos: copia de denuncias policiales, grabaciones y fotografías y reconocimiento de los últimos), para tratar de llevar la convicción o certeza respecto al "permanente" menosprecio, insultos y agresiones verbales que afirma ser víctima, tratándose, como la propia actora expresa, tanto en su escrito de demanda como en su declaración presentada en al acto de la Audiencia realizada el cinco de febrero del presente año, cuya acta obra de fojas cuatrocientos noventa a fojas cuatrocientos noventicinco del cuaderno principal, de reacciones motivadas ante determinadas conductas de la misma: "decisión adoptada el tres de marzo de mil novecientos noventicinco de interrumpir la cohabitación, reacción por llamada de atención al chofer el seis de mayo de mil novecientos noventicinco, reacción ante un altercado producido el doce de ese mes y reacción producida el dieciséis de junio de dicho año, por la presentación por la abogada de la actora, de una propuesta de convenio de separación convencional".
Segundo.- Que, consecuentemente, al no haber probado la accionante el permanente menosprecio, insultos y agresiones verbales que alega, los que sustentan su pretensión de divorcio, debe declararse infundada la demanda.
Tercero.- Que, de otra parte, es necesario precisar que en el derecho de familia es fundamental el rol del juez, quien en casos como el presente, cuando llega a su conocimiento la existencia de conflicto familiar, no puede adoptar una postura de simple espectador, correspondiéndole, intentar restablecer el equilibrio roto y afianzar el núcleo familiar, prevaleciendo el interés superior que propugna preservar la integridad de la familia y la de sus miembros.
Cuarto.- Que, consecuentemente, resulta necesario dictar una medida terapéutica, siendo imprescindible la colaboración de los integrantes del núcleo familiar, máxime que los hijos menores del matrimonio: G.A. y J. L. K. L, nacidos el seis de diciembre de mil novecientos setentinueve y el quince de octubre de mil

> novecientos ochentitrés, respectivamente han presenciado los hechos, según lo expuesto por las partes en la demanda y en la contestación de la misma (...)
> REVOCARON la sentencia apelada (...); REFORMÁNDOLA declararon infundada la precitada demanda; consecuentemente, subsistente el vínculo matrimonial contraido por las partes el veintiocho de abril de mil novecientos setentitrés ante la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, Provincia de Lima; DISPUSIERON que el núcleo familiar integrado por los cónyuges O.G.K.C, L.L.P. de K y sus hijos G.G, F. C, G.A. y J.L . K.L, realicen en conjunto, una terapia a cargo de un psicólogo profesional, quien se encargará de evaluar y diagnosticar la problemática existente y reconstruir el comportamiento y trato entre los mismos; MANDARON que don O.G.L.C y doña L.L.P, indiquen el profesional designado, quien deberá diagnosticar e informar a esta Sala Superior sobre la problemática evaluada y los resultados de su labor, así como, las recomendaciones sugeridas (...)".

Sin lugar a dudas si alguien quisiera dar cuenta del razonamiento de las integrantes de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, no podría hacerlo sin recurrir al contexto de descubrimiento, es decir, a los criterios ideológicos que determinaron la interpretación del artículo 333º incisos 2) y 4)[49].

De la lectura de la citada sentencia se desprende que a pesar de estar probados los hechos de violencia verbal y física, las magistradas han interpretado que:

a) La violencia psicológica y la injuria grave para ser causales de divorcio deben ser "permanentes". Es decir, aunque en ninguno de los incisos citados se emplea la palabra "permanente", el juez debe interpretar que tanto la violencia psicológica como la injuria grave deben tener esa característica para que una demanda de divorcio sea declarada fundada.

49 Mediante resolución de fecha 23 de enero de 1998 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha admitido el recurso de casación contra la mencionada sentencia por interpretación errónea de una norma de derecho material.

b) La permanencia requiere algo más que una sucesión de hechos, pues los hechos de violencia están probados, tal como se afirma en el primer considerando de la sentencia.

c) La violencia está justificada cuando se produce como reacción ante determinadas conductas y en tales casos no puede ser considerada como causal de divorcio (ejemplo: decisión de interrumpir la cohabitación, reacción producida por la presentación de una propuesta de separación convencional, etc.)

d) La integridad de la cónyuge no es tan importante como la integridad del resto de los miembros de la familia.

e) A pesar de la violencia, los jueces están en capacidad de predecir cuándo la pareja podrá reconciliarse y en consecuencia ordenar una terapia familiar como solución al conflicto.

La Sala de Familia de Lima omite, sin embargo, pronunciarse sobre los alimentos de la cónyuge, con lo cual **condenan** a la mujer a regresar a la casa del agresor. Y digo agresor pues en la propia sentencia no solo se establece que hubo violencia sino que ésta fue presenciada por los hijos menores. Por otro lado, si las magistradas consideran que los cónyuges pueden reconciliarse asistiendo a una terapia familiar, habría que preguntarse en qué situación quedaría la víctima si el psicólogo informara a la Sala de Familia que el deterioro de la relación conyugal es tal, que es imposible pensar que los cónyuges puedan volver a convivir pacíficamente.

Los cinco puntos citados demuestran que según las ideas y creencias de las jueces, la cónyuge debe soportar necesariamente "una cuota mínima" de violencia familiar. De esta forma, uno o algunos actos de violencia familiar, por debajo de ese mínimo, no justificarían en su opinión que una demanda de divorcio fuera declarada fundada. Además, según esas ideas y creencias, hay agresiones conyugales que pueden justificarse, como por ejemplo la que sufre la cónyuge luego de que su abogada le presenta al esposo un proyecto de separación convencional. Adicionalmente, consideran más importante mantener el vínculo matrimonial antes que proteger los derechos de la mujer agredida. Estas ideas dan sustento a un determinada interpretación de la violencia familiar como causal de divorcio. Por último, parecen no considerar que el ámbito familiar y

doméstico pude ser también un lugar identificado con la subordinación femenina[50].

Con ejemplos de este tipo, ¿es posible distinguir tan tajantemente entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, como pretende la teoría estándar de la argumentación jurídica?

De los dos supuestos de la teoría estándar cuestionados, éste es el que puede crear más obstáculos para la defensa de los derechos de la mujer, pues tanto en la interpretación de las normas jurídicas cuanto en la valoración de la pruebas, las ideas, creencias y patrones culturales juegan un papel importante. Por ello, deben formar parte del análisis y de la crítica a la forma cómo argumentan los aplicadores del Derecho, máxime cuando en ella no se toman en cuenta los derechos fundamentales involucrados.

3.2. Problemas en la aplicación del derecho

Insistiendo en la división entre casos fáciles y casos difíciles, Manuel Atienza identifica cuatro problemas en la aplicación del Derecho[51], que pueden presentarse por separado o conjuntamente en los casos difíciles. Al margen del cuestionamiento a tal división, e incluso obviándola, me parece que la identificación de tales problemas puede resultar bastante útil para analizar los casos.

3.2.1. Problemas de relevancia

Los problemas de relevancia se presentan cuando existen dudas sobre cuál es la norma aplicable al caso.

Ejemplo:

El artículo 333° del Código Civil peruano, establece como causales de divorcio al adulterio (inciso 1) y a la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común (inciso 6).

Un conocido político peruano es fotografiado en la plaza San Marcos (Venecia-Italia), con una mujer a quien llevaba de la mano, que no

50 Teresita De Barbieri, "Sobre la categoría género una introducción teórica-metodológica", en **Género. Conceptos básicos**, *op. cit.*, p. 33.

51 Manuel Atienza, **Las razones del Derecho...**, *op. cit.*, p. 244.

era su esposa, sino otra, no menos conocida, modelo peruana. La citada fotografía aparece en la carátula de una revista. De regreso al Perú, el mencionado político es visto con la misma modelo en lugares públicos. En una fiesta de fin de año, llevada a cabo en hotel al sur de Lima, es visto nuevamente con otra mujer, también modelo. En esta ocasión, solicita una habitación en el hotel, se registra como A.A y pasa la noche junto a su acompañante.

La cónyuge consulta qué causal de divorcio puede invocar. Si bien los hechos parecen configurar la causal de adulterio, la abogada le aconseja demandar por conducta deshonrosa, teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia existentes:

a) A partir de un enfoque comparativo entre las causales de conducta deshonrosa y adulterio, la doctrina establece "que si el cónyuge se muestra públicamente con persona distinta a su consorte, **poniendo en evidencia relaciones románticas**, de manera continua, no llegando a una relación sexual adulterina, o al menos esta no es del todo manifiesta o demostrable, daría lugar a la conducta deshonrosa y no al adulterio"[52].

b) La jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú ha establecido los siguientes criterios:

> • "Del análisis y valoración de lo actuado, se desprende que el actor ha acreditado los fundamentos de su demanda respecto de la causal de conducta deshonrosa, la misma que es entendida como la realización de actos repetidos, que atentan contra la estimación y respeto que se deben recíprocamente los cónyuges, actos de por sí, y dada la trascendencia de los mismos, llegan a afectar la armonía y unidad conyugal. Conforme a este orden de ideas, las testimoniales de fojas ..., prestadas en forma coherente y con explicación de sus dichos, así como las instrumentales de fojas... y siguientes ..., y peritaje de fojas ... contra las que no se ha formulado observación alguna, **revelan de manera inequívoca que entre la demandada y ...., existió más que una simple amistad, que no obstante su estado de casada y por ende debe con-**

52 Carmen Julia Cabello, **Divorcio y jurisprudencia en el Perú**, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, pp. 223-227.

servar el principio de fidelidad hacia su esposo, tomó actitudes diferentes y contrarias que por otro lado son permanentes y continuas y que precisamente tipifican la conducta deshonrosa, con el agregado que por este comportamiento de la demandada, le resulta imposible al actor hacer vida en común" (Ejecutoria de 20 de enero de 1986).

- "Las fotografías de fojas 35 a 39, donde se advierte la reiterancia en exhibirse públicamente y sin reparos, con otra mujer, **demostrando una relación sentimental no compatible con la condición social de su familia**, configuran una conducta al margen de la tolerancia humana que no puede ser sobrellevada con dignidad. Siendo esto así tiene que concluirse que está probada la causal de conducta deshonrosa materia de la demanda" (Ejecutoria de 2 de junio de 1992).
- "**Definiéndose el adulterio como el yacimiento carnal que realiza una persona con otra distinta de su cónyuge, la probanza que se realice, debe ser encaminada a demostrar fehacientemente tal hecho.** Las connotaciones que dentro de la vida matrimonial conlleva tal causal, determina que la misma debe acreditarse en forma fehaciente y concluyente, mas no basarse en meras especulaciones y deducciones; que en todo caso pueden determinar la comisión de otra causal, como la conducta deshonrosa, mas no el adulterio" (Ejecutoria de 11 de agosto de 1992).

Estudiar las ventajas de un cambio jurisprudencial y buscar argumentos para ello, es todavía una tarea pendiente.

3.2.2. Problemas de interpretación

Los problemas de interpretación se relacionan con las posibles lecturas que admiten las normas jurídicas[53]. Pueden presentarse dos supuestos. En el primero de ellos hay una insuficiencia en la información y por lo tanto, cabe aplicar la analogía. Veamos el siguiente ejemplo.

53 Véase Rocío Villanueva, "Notas sobre interpretación jurídica...", *op. cit.*,, pp. 93-114.

El Texto Único Ordenado de la Ley contra la Violencia Familiar peruana, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, establece lo siguiente:

> Artículo 2.- A los efectos de la presente ley, se entenderá por violencia familiar cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:
> a. Cónyuges;
> b. Convivientes;
> c. Ascendientes;
> d. Descendientes;
> e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o
> f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

Las ex convivientes y las ex cónyuges no están expresamente comprendidas en el texto legal. Sin embargo, aplicando la analogía tales casos pueden ser comprendidos dentro de los alcances de la ley de violencia familiar. De esta forma, la integración del Derecho permite innovar en el sistema jurídico, ya que hay una adecuación de un sistema constituido por normas fijas, a un medio en constante transformación[54], y por ello puede ser empleado para ampliar la protección de las mujeres[55]. Cabe recordar que la analogía tiene un componente valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se descubren sino que se construyen.

Ahora bien, el segundo supuesto se presenta cuando hay un exceso de información, pues la norma puede entenderse de diversas maneras.

54 Manuel Atienza, **Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de un razonamiento jurídico**, Civitas, Madrid, 1986, p. 180.

55 El artículo 4° del reglamento de la ley de violencia familiar peruana, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, amplía el alcance del inciso f) del artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Violencia Familiar, al señalar que para los efectos del citado inciso "se entiende como habitantes del hogar familiar, entre otros, a los ex cónyuges o ex convivientes que habitan temporalmente en el predio donde reside la víctima de los actos de violencia familiar, conforme a lo dispuesto en el citado artículo, durante el momento en que se produjeron los hechos".

La forma de interpretar el inciso 2) del artículo 333º del Código Civil peruano en la sentencia de divorcio antes analizada, constituye un supuesto de este tipo. La doctrina tradicional entiende que las formas de violencia familiar deben reunir determinados requisitos. Por ello, se exige, que la violencia física sea "excesivamente cruel" [56] (o permanente) para ser causal de divorcio.

Con este tipo de interpretaciones, se restringe la posibilidad de que las mujeres puedan obtener una sentencia favorable en los procesos de divorcio por violencia familiar, pues se asume que ellas deben soportar determinadas dosis de maltrato.

En la elección que realiza el intérprete entre las atribuciones de significado posibles, está presente, como se ha puesto de manifiesto, un elemento ideológico, que a pesar de las normas nacionales y de los tratados internacionales suscritos, continúa reforzando la idea de que la mujer debe soportar la violencia familiar en aras de la conservación del vínculo matrimonial. De esta forma, parece que en los temas de familia las normas jurídicas no son analizadas en el marco de los derechos humanos, pues se olvida que la violencia familiar vulnera, entre otros, el derecho a la integridad, y puede afectar incluso el derecho a la vida.

3.2.3. Problemas de prueba

Estos problemas se presentan cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.

La prueba suele ser uno de los problemas centrales en los delitos contra la libertad sexual, sobre todo cuando la víctima no denuncia inmediatamente.

Perfecto Andrés Ibáñez ha puesto de manifiesto cómo los hechos constituyen una materia tradicionalmente olvidada por la mayoría de las teorías de la interpretación, y abandonada así a la subjetividad del intérprete[57]. En su opinión, si bien existe libertad en la apreciación de los datos probatorios, dicho ejercicio constituye una actividad racional y por lo tanto controlable[58]. Por ello es que en la actualidad se plantea

56 Héctor Cornejo Chávez, **Derecho familiar peruano**, tomo I, Sociedad Conyugal, Studium, Lima, 1985, p. 327.

57 Perfecto Andrés Ibáñez, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal" en **Doxa** Nº 12, Alicante, 1992, p. 263.

58 *Ibidem*, p. 280.

que el control de la casación se dé también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho[59].

Asimismo, Perfecto Andrés afirma que sobre el conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje "pesa idéntica carga de relativismo y de incertidumbre y de ambigüedad que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar. Esto es importante porque las mismas peculiaridades (ambigüedad, textura abierta, zonas de penumbra) que se predican de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción"[60].

En la mayor parte de ordenamientos jurídicos las pruebas son valoradas según la íntima convicción del juez. Por eso, la justificación de los hechos que se pretenden demostrar en un litigio, está ligada a la forma en la que de hecho el juez adquiere esa íntima convicción.

Veamos un ejemplo en el que se cuestiona la valoración que hace el juez de la manifestación de una víctima de violencia sexual.

El artículo 283° del Código de Procedimientos Penales peruano establece que:

> "Artículo 283.-Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia".

S.T.Q. tiene 29 años, fue violada por su asesor de tesis, el profesor universitario A.M.V. y por un compañero de estudios, F.H. el 7 de noviembre de 1997, en Huamanga (Ayacucho Perú). Aquel día, y con el objeto de que el asesor emitiera el informe que le permitiría sustentar la tesis, decidió con F.H. invitar a almorzar al citado profesor. S.T.Q. y sus dos acompañantes concurrieron a un restaurante.

Ella sostiene que durante el almuerzo los denunciados introdujeron sustancias en la bebida, que le hicieron perder el conocimiento. Cuando despertó se dio con la sorpresa de que se encontraba en el inmueble

59 *Ibidem*, p. 296.
60 *Ibidem*, p. 264.

de la calle X, casa en construcción que pertenece a los padres de F.H. En aquel lugar, A.M.V y F.H la violaron.

S.T.Q denuncia la violación el 14 de noviembre de ese mismo año. El examen médico legista determinó que había desfloración antigua, y el examen toxicológico que se le practicó arrojó un resultado negativo, pues se le hizo siete días después de lo sucedido.

Los inculpados fueron absueltos mediante sentencia de fecha 30 de setiembre de 1997. Una de las razones que adujo el juez para absolver a los inculpados fue la siguiente:

> "No explicándose satisfactoriamente el motivo por el que no denunció de inmediato el hecho delictuoso a pesar de su gravedad, existiendo discrepancias entre las versiones de la agraviada antes acotadas, y no habiéndose acreditado los actos de violación sexual, como en el presente caso en que la persona de la agraviada S.T.Q conforme sostiene en su denuncia primigenia que ha sido objeto de violación el día siete de noviembre de mil novecientos noventiséis, para luego recién denunciar ante la Fiscalía Provincial con fecha catorce de noviembre del referido año, es decir después de haber transcurrido más de siete días consecutivos, la misma que no pudo explicar durante la secuela del proceso este hecho, indicando vagamente que no denunció de inmediato por encontrarse al día siguiente delicada de salud por los efectos de la drogadicción a que fue sometida, por otra parte refiere que no lo hizo por temor a sus familiares y a su novio, por otro lado indica que previamente realizó las investigaciones necesarias, concurriendo a los domicilios de los violadores, para pedirles explicaciones del por qué se habían aprovechado sexualmente, lo cual es ilógico ya que una persona que sufrió una violación sexual no puede recurrir al domicilio de sus violadores los días subsiguientes del acto ilícito".

Quizá sea en el campo de la prueba en el que la línea que divide el contexto de descubrimiento del contexto de justificación sea más tenue, habida cuenta que las pruebas son valoradas según la íntima convicción del juez.

Si bien es cierto que la presunción de inocencia es un derecho de todo inculpado, y que la suma de indicios es fundamental para la de-

terminación de la responsabilidad penal, quiero llamar la atención sobre determinados puntos de vista de los jueces, que a pesar de integrar el contexto de descubrimiento, forman parte de las razones para exculpar de responsabilidad al inculpado.

En el ejemplo comentado, el juez evalúa negativamente el hecho de que la víctima no denunciara inmediatamente la violación, y afirma contundentemente que es "ilógico" que una persona que ha sufrido una violación sexual se dirija al domicilio de sus violadores a pedirles explicaciones. Estas apreciaciones ignoran que sólo un reducido porcentaje de violaciones son denunciadas, que aquellas víctimas que deciden denunciar deben vencer previamente el miedo y la vergüenza, y que por último, mientras la acción penal no prescriba, el derecho a denunciar está expedito. Vale destacar que el hecho de que el comportamiento de S.T.Q difiera de la conducta que el juez espera de una víctima de violencia sexual, según su ideología, se convierte en un elemento en su contra. Es como si lo "propio" o lo "natural" en dichas víctimas fuera denunciar inmediatamente el delito o no sentir temor o vergüenza. Al no seguir los patrones esperados, pasan de víctimas a sospechosas.

La mayor parte de las teorías de la argumentación se han ocupado de los problemas con relación a las normas jurídicas, descuidando el tema de la prueba de los hechos en litigio. Quizá a esto haya contribuido la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, pues como se ha dicho, tal distinción impide entrar en el análisis de la forma en la que de hecho deciden los jueces sobre la prueba de los hechos en litigio[61].

Sin embargo, es necesario analizar cómo la reconstrucción de los hechos por el juez en el momento de la decisión puede depender de la tradición, de la ideología y de determinados patrones culturales. De la misma forma como la interpretación de las leyes puede depender de la tradición cultural que se siga, la valoración de los hechos también puede depender de las creencias o de la ideología del juez. Por ello, así como hay, a la luz de los derechos humanos, un esfuerzo por erradicar determinadas formas de interpretar las normas jurídicas, debe haber un esfuerzo semejante por abordar los temas relativos a la prueba, asumien-

61 Nettel, **La distinción entre el contexto de descubrimiento ...**, *op. cit.*, p. 110.

do que los hechos no son esos fríos datos de la realidad, sino que en su reconstrucción se presenta una carga de subjetivismo, que debe ser también pasible de control judicial.

3.2.4. Problemas de calificación

Estos problemas surgen cuando hay dudas sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Los delitos de violación sexual contra mayores de 14 años suelen crear innecesariamente este tipo de problema. El artículo 170º del Código Penal peruano tipifica dicho delito de la siguiente manera:

> "Artículo 170º.- El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)".

Por su parte, el delito de seducción está regulado como sigue:

> "Artículo 175º.- El que, mediante engaño, practica el acto sexual con una persona de catorce años y menos de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas".

S.G.Z tiene 17 años y es estudiante de secundaria de un colegio estatal de Pomalca, a pocos kilómetros de Chiclayo (Lambayeque, Perú). Afirma que fue violada por su profesor de matemáticas, E.S.V., en el mes de junio de 1996.

La manifestación de la agraviada ante la comisaría fue la siguiente:

> "(...) me cogió de los brazos acariciándome, para luego despojarme de mi ropa en una forma a viva fuerza, para luego dejarme completamente desnuda, amenazándome que si yo gritaba era para mi mal, luego el profesor se desnudó y se tiró encima y al

ver que yo estaba llorando, para pedirme que me dejara hacer el amor y al poner resistencia para que éste no me haga daño, se paró en mi encima y comenzó a amenazarme diciéndome que si yo no me dejaba me iba a desaprobar en el curso".

Los hechos descritos en la denuncia fiscal son los siguientes:

"Refiere la citada menor ante la policía que sin motivo alguno su citado profesor de matemáticas la desaprobó en el curso de matemáticas y es así como en el mes de junio le indicó que para aprobarla tenía que hacer un trabajo en Chiclayo y es así como la citada alumna viene hasta esta ciudad el día del padre circunstancia en la que el profesor comienza a enamorarla y luego le exige ingresar hasta el Hotel El Dorado, donde la desnuda y mantiene una relación sexual".

Por su parte en el auto apertorio de instrucción se señala lo siguiente:

"Dado cuenta con la presente denuncia formalizada por el titular de la acción penal pública Cuarta Fiscalía Provincial, y atestado policial número noventicuatro -APR-PNP-SZP, elaborado por la Sub Zona de la Policía Nacional de Pomalca y demás recaudos que se acompañan (...) siendo así que en el mes de junio del presente año mil novecientos noventiséis antes del día del padre, es que el precitado inculpado E.S.V cita a la agraviada a la ciudad de Chiclayo con la finalidad de "subsanar" el mencionado curso académico reprobado, para lo cual tenía que realizar un "trabajo" llegando a Chiclayo, juntos fueron a pasear un momento para luego comenzarla a enamorar y que por exigencia del mencionado inculpado la agraviada accedió a ingresar al hotel denominado "El Dorado" de esta ciudad, en cuyo interior, por la fuerza la hizo sufrir el acto sexual desflorador conforme al certificado médico legal que se adjunta en la presente investigación. Que es necesario determinar a efectos de establecer la situación jurídica del encausado, que a la fecha en que ocurrieron los hechos sub materia, la agraviada G.Z., contaba con más de dieciséis años de edad, conforme es de apreciarse del mérito de la partida

> de nacimiento que obra en autos. Siendo así, el ilícito investigado se encuentra previsto y tipificado por el artículo ciento setenticinco del Código penal vigente (...)".

Llama la atención que a pesar de que la agraviada afirme que mediante violencia fue obligada por E.S.V.M. a tener relaciones sexuales, y que dicha declaración coincida con los hechos expuestos en el auto apertorio de instrucción, el acto ilícito sea calificado como seducción.

De la redacción del citado auto apertorio de instrucción se desprende que según el juez, para ser víctima del delito de violación hay que ser menor de 14 años, de lo contrario el delito a investigar será el de seducción. Probablemente el juez considere que las mujeres por encima de los 14 años "contribuyen" a la comisión del delito con alguna actitud provocativa, aunque la ley no diga nada semejante. Como se señaló al iniciar este artículo la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales, y legales, que se viven.

4. A manera de conclusión

Una de las formas de estudiar el Derecho desde la perspectiva de género es identificando las normas jurídicas que refuerzan los roles socialmente asignados de manera diferenciada a hombres y a mujeres y los dispositivos legales que de manera directa o indirecta discriminan a las mujeres.

Por otro lado, resulta interesante analizar la teoría estándar de la argumentación jurídica, para demostrar cómo sí son relevantes las ideas y creencias de los jueces sobre los roles de hombres y mujeres, muchas veces manifestadas en las propias resoluciones, para la solución que dan a los problemas que plantea la aplicación del Derecho. La tarea pendiente, no es sólo cuestionar las decisiones judiciales que refuercen o presenten como naturales los roles antes citados, sino argumentar en favor de una solución alternativa. Para ello, es necesario seguir insistiendo en la aplicación del Derecho a la luz de los derechos humanos.

La Economía y el Estado : Oportunidades y Peligros de la Globalización

Gerhard Aschinger*

1. Introducción

Deseo dedicar mi conferencia, con la ocasión del 150 aniversario de la Constitución Suiza, a las relaciones entre la economía y el Estado en un contexto nuevo : la globalización, sus oportunidades y peligros.

La Constitución Suiza es una creación del liberalismo del siglo XIX. En materia económica, el artículo más importante y que refleja el espíritu de las libertades individuales, es el artículo 31°, que garantiza la libertad de comercio y de industria. Sin embargo, estas libertades son limitadas en el artículo 31°, *bis* hasta *octies,* a causa de los intereses de la sociedad en la obtención del bienestar y de la "garantía económica" de sus habitantes. Por ejemplo, en el artículo 31° *quinquies,* la Confederación está obligada a tomar medidas adecuadas para asegurar un desarrollo conyuntural equilibrado, sobre todo para prevenir y combatir el desempleo y la inflación. Además, el sector monetario y bancario es regulado y supervisado directamente por la Confederación porque tiene una importancia clave para la sociedad en general.

El artículo 39° reserva el derecho de emitir notas bancarias únicamente a la Confederación a través de un banco del estado (Banco Nacional Suizo). El deber principal de este banco es de regular la circulación de la moneda, de facilitar el servico de pagos y de realizar una política monetaria que sirva al interés integral del país.

El proyecto de la Reforma Constitucional propuesto por el parlamento suizo se hizo en el año 1995, llegando a una versión reducida.

* Catedrático de Economía, Universidad de Friburgo (Suiza).

El artículo 75° del proyecto, por ejemplo, substituye parcialmente el artículo 31° de la constitución y garantiza el principio de la competencia libre sin mencionar aspectos específicos de diferentes sectores. El artículo 79° del proyecto, que sustituye el artículo 39° de la Constitución, trata la política monetaria de una manera integral: "El banco nacional es un banco central independiente que regula la política monetaria en interés del país".

Dado que la Constitución se limita a establecer las líneas fundamentales, necesita ser desarollada mediante la legislación.

La Constitución y las leyes no pueden ser cambiadas oportunamente para reflejar las necesidades de la sociedad y de la economía. El proceso de modificación legislativa es muy lento y trabajoso. Por eso, y por la dificultad general de orientar favorablemente los procesos dinámicos de la economía y de la sociedad, éstos sólo pueden ser integrados en la legislación con mucho atraso.

2. Los principios de la economía y la política económica del Estado

La teoría económica elaborada por Adam Smith en su famoso libro "*The Wealth of Nations*", pone al "individuo libre" en el centro de sus contemplaciones económicas. Según este autor, las actividades de los individuos están guiadas por sus intereses particulares. De esta manera se llega a optimizar la utilidad individual, lo cual redunda finalmente en una optimización de la utilidad social. Esto es el **principio de la mano invisible**, que implica que bajo ciertas condiciones los actores individuales, siguiendo sus propios intereses, también garantizan el bienestar óptimo de la sociedad. Por eso el Estado solamente tiene la tarea de garantizar la seguridad y configurar un marco adecuado, dejando a sus habitantes la libertad de actuar a su proprio juicio. Dicho de otra manera: El egoismo personal garantiza el bienestar social.

El mercado es un instrumento que combina las actividades individuales y las transforma en un resultado consistente: el precio de un bien está determinado por la oferta y la demanda.

Sin embargo, este paradigma no es válido en una sociedad compleja, caracterizada por una amplia división del trabajo, con mercados imperfectos (p.e., debido a la falta de informaciones, a las reacciones tardías, a las estructuras desiguales de poder en los diferentes segmen-

tos del mercado, a la existencia de costes de transacción) y en el que existen externalidades o bienes públicos.

En este contexto, el mercado no funciona de manera eficiente - es decir, su mecanismo no puede llevar a crear un *optimum* social. Por esta razón el Estado trata de eliminar los defectos del mecanismo mercantil. Pero el Estado también puede generar deficiencias, en forma de internalidades, por ejemplo, mediante el aumento de la burocracia.

La política económica del Estado, orientada a metas como la estabilidad del nivel de precio, el pleno empleo, el equilibrio de la balanza de pagos, el suficiente crecimiento económico y el equilibrio de sus finanzas, se debe enfrentar a muchas dificultades. Veamos:

a) No existe una sola teoría económica. Existen diferentes modelos y perspectivas, que están identificados por "escuelas", como los keynesianos, monetaristas, pos-keynesianos, etc. No obstante que las diferencias entre las "escuelas" han disminuído, hay de todas maneras puntos de controversia.

b) Los actores económicos (individuos y empresas) pueden posiblemente anticipar la política del gobierno y reaccionar para cambiar los resultados en su favor. Las expectativas racionales, que fueron introducidas en la teoría económica, implican que los efectos de una política de gobierno pueden desaparecer porque el público anticipa estas medidas. La ineficacia de la política gubernamental podría, bajo dicha teoría, ser evitada solamente en caso de sorpresa, es decir cuando los actores económicos no pueden anticipar la política correctamente. Se duda, sin embargo, que los actores económicos realmente formen sus expectativas de este manera.

c) La economía es muy compleja. Los mercados nacionales e internacionales están ligados e interaccionan simultáneamente con muchos actores que tienen diferentes niveles de información y preferencias. La globalización de muchos sectores de economía ha crecido bastante en la década pasada, sobre todo los mercados financieros. La velocidad del cambio estructural ha aumentado y la flexibilidad del sistema económico ha llegado a producir una gran volatilidad de precios y rendimientos financieros. La política económica requiere profundos conocimientos, informaciones e instrumentos de los que los responsables de la política gubernamental muchas veces no disponen. Esto implica la ineficacia de la política.

d) El aumento de la especulación produce dinámicas sociales; es decir, muchos actores en los mercados se contagian y persiguen una estrategia de "*self fulfilling expectacions*" o de "*herd behavior*". En un sistema mercantil la especulación tiene una función importante en condiciones normales: reduce las fluctuaciones de precios y disminuye la incertidumbre. Pero el tipo de especulación mencionado antes, es desestabilizante. En consequencia, pueden surgir crisis económicas, como se conocen en Asia del Este, en Rusia y en otras partes del mundo.

e) El sistema político puede inmovilizar gravemente los procesos de adaptación a nuevas estructuras y soluciones. Por ejemplo, en la democracia directa, tipo suizo, las modificaciones de leyes, y aún más de constituciones, son muy difíciles y toman mucho tiempo.

f) La realización de una política depende muchas veces de expertos en materias complicadas. Esto retarda la implementación de las medidas necesarias y puede llegar a situaciones contraproducentes.

3. La globalización y sus efectos en la economía nacional

La globalización económica se presenta en varios mercados e instituciones. Los factores que influyen en la globalización están ilustrados en la figura 1. Las barreras del comercio internacional han sido reducidas considerablemente a través de los acuerdos del GATT, actualmente la Organización Mundial de Comercio (WTO). La desigualdad entre las empresas nacionales y extranjeras, respecto a sus actividades y derechos en un país ha sido bastante reducida. Las empresas multinacionales han recibido usualmente un tratamiento favorable de los países en desarollo. En el sector financiero, sin embargo, la desregulación se realizó solamente en los últimos diez años. La amplia apertura de las bolsas de valores a los inversionistas extranjeros, el establecimiento de bancos comerciales y compañías financieras foráneas y la cotización de acciones y obligaciones extranjeras han aumentado la competitividad en los mercados financieros en el interior y exterior de los países.

El desarollo de los sistemas informáticos para la transmisión de informaciones en "tiempo real", el cálculo de precios de productos derivados, la ejecución de órdenes de los clientes, etc., han transformado radicalmente la estructura de la industria financiera. La capacidad de realizar actividades ha crecido enormemente y las economías de escala

han sido reforzadas. Esto ha traído por consecuencia la enorme reducción de los costes de transacción y ha ampliado considerablemente el volumen de los negocios.

Además, el progreso en la telecomunicación permite transacciones entre diferentes lugares, a cualquier distancia y a menor costo. La reducción de la distancia en las comunicaciones permite a los inversionistas ingresar posiciones financieras las 24 horas al día.

Las limitaciones a los movimientos de divisas (tráfico libre de capital) fueron abandonadas a fines de los años 80 por la mayoría de los países industrializados. La movilidad de capital ha aumentado significamente por las razones mencionadas.

La globalización facilita las transacciones económicas y aumenta la eficiencia, amplificada por la competencia internacional, pero también presenta desventajas que serán descritas en seguida.

El sistema de Bretton Woods de cambio fijo desapareció en 1971 con el anuncio del presidente Nixon de eliminar la convertibilidad del US dólar en oro. A pesar de los acuerdos smithsonianos (*Smithsonian agreements*) la transición al sistema de cambio flexible se efectuó en 1973.

En un sistema de cambio fijo los bancos centrales de los países estaban obligados a intervenir en el mercado de divisas, cuando la tasa de cambio llegaba a límites insoportables. Eso generó perturbaciones en las relaciones comerciales de los países. Los que tenían *déficit* en sus balanza de pagos veían disminuir sus reservas de divisas, lo cual los llevaba a adoptar una política restrictiva para bajar el nivel de sus precios y ganar más competitividad mejorando su balanza comercial. En aquellas con *superávit* en la balanza de pagos el proceso de adaptación fue similar: comprar divisas para llegar a aumentar la masa monetaria del banco central (si una esterilización de divisas no fuera realizada), lo cual hacía subir el nivel de precios reduciendo la competitividad de dicho país. La balanza de comercio se empeora. Los mecanismos descritos tienden a poner el sistema en equilibrio.

A diferencia de la tasa de cambio fija, la adopción de una tasa de cambio flexible fue considerada como la expresión de una política autárquica. Pero esto sucede sólo si la movilidad de capital es reducida (p.e. por un control de capital). Sin embargo, con una alta movilidad de capital como sucede hoy en día, la política económica nacional (sobre todo la politica monetaria) es ineficaz con cambio fijo o flexible.

Las experiencias recientes con movimientos excesivos de tasas de cambio muestran que el sector financiero está dominando al sector real de la economía.

Un factor importante de la globalización es la creación de una multitud de productos derivados bajo diferentes activos financieros. Estos productos incluyen opciones, futuros y *"swaps"*. Desde el comienzo de los años 80 los productos derivados se han multiplicado y sus mercados han crecido rápidamente, excediendo en volumen los mercados financieros tradicionales (ver figura 2). Las ventajas de los productos derivados consisten en sus costes de transacción fuertemente reducidos, en sus márgenes bajos y en una mayor liquidez de sus mercados. Estos hechos han llegado a la utilización elevada de los instrumentos derivados en comparación con los activos tradicionales. Sobre todo, los mercados de divisas han crecido excesivamente a causa de los productos derivados (ver figuras 2 y 3).

Figura 1: Factores determinantes de la globalización económica

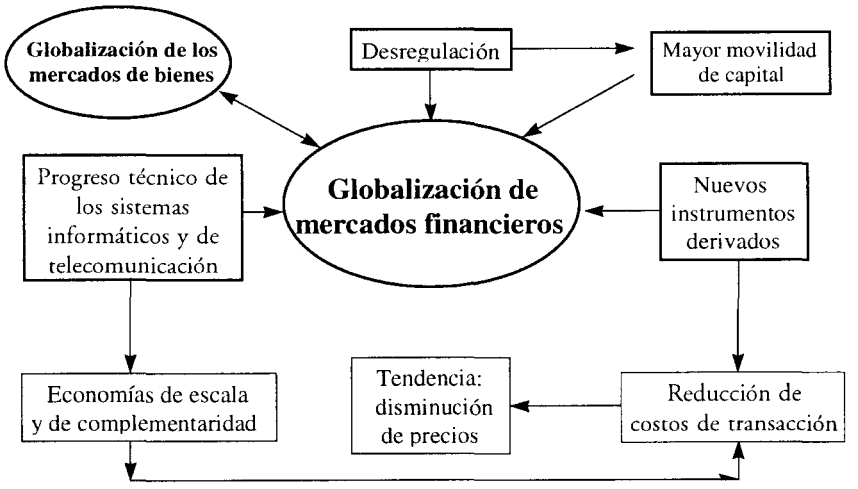


Figura 2: Volumen mundial diario de divisas

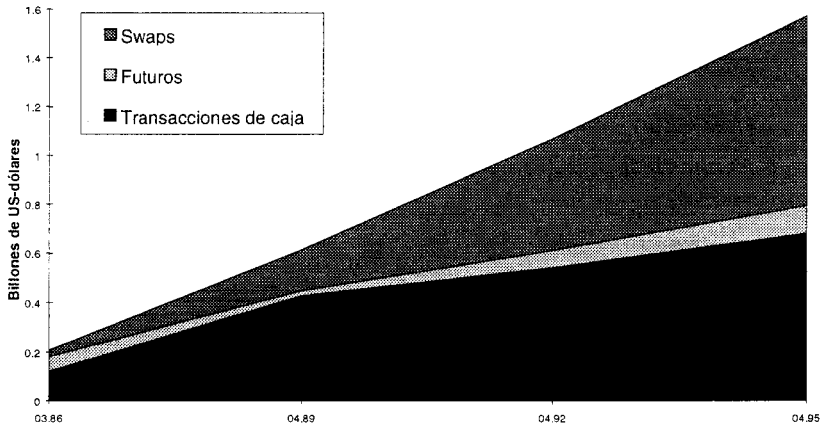
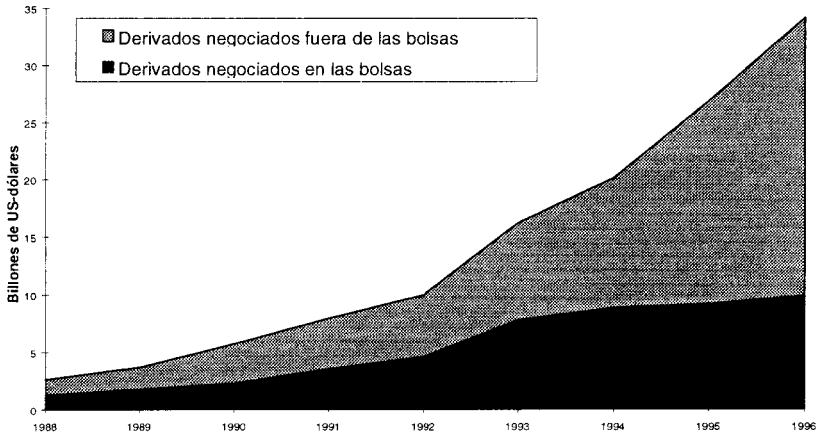


Figura 3: Monto nominal mundial atrazado de instrumentos derivados



Resumen

La globalización económica está determinada por la desregulación, el progreso técnico de la informática y la telecomunicación. Esto ha llevado a una diminución de costes, a la liberalización del comercio internacional y de movimientos de capitales, así como a la creación de productos derivados. El sector real de la economía está dominado por el sector financiero, lo cual determina las tasas de cambio a corto plazo. Por eso la política económica nacional es débil.

La globalización tiene un efecto integral en los mercados mundiales: ésta aumenta la competencia y acrecienta la volatilidad de los precios. La reducción de barreras y la disminución de los costes son favorables para los actores económicos. La especulación desestabilizante, sin embargo, puede dar lugar a crisis económicas.

4. Crisis financieras y económicas

Desde fines de los años 80 se han manifestado muchas crisis de diferentes tipos. En 1987 tuvo lugar un cataclismo bursátil en los EEUU. Fue una crisis especulativa que tuvo las siguientes fases:

1) En el año 1982 hubo un periodo largo de alza bursátil que duró hasta 1987.

2) La especulación se mostró estabilizante a causa del mejoramiento de factores fundamentales.

3) En el año 1985 se vió un periodo de euforia, creando una burbuja especulativa (la especulación atrajó e involucró a mucha gente que no tenía conocimientos de la bolsa).

4) En la segunda semana de octubre de 1987 las expectativas de los inversionistas cambiaron bruscamente y generaron un pánico que resultó en un cataclismo bursatil el día 19 de octubre de 1987.

Una crisis especulativa presenta las fases que hemos mencionado, empezando con un periodo de prosperidad económica que da lugar a un aumento de precios de los bienes o de los activos financieros (como acciones) justificado por un mejoramiento fundamental. La especulación aumenta y atrae una multitud de inversionistas poco informados. El aumento exagerado de precios, a su vez, produce una euforia. Esta

conducta irracional se convierte luego en pánico produciendo una caída de precios. En el curso del cataclismo bursatil de 1987 el índice de Dow Jones perdió 25% en los días 19 y 20 de octubre. Reducciones parecidas se verificaron en otras bolsas de valores.

Los mercados financieros son muy sensibles a la llegada de nuevas informaciones. El anuncio de la revuelta de los estudiantes en China en 1989 por ejemplo, bajó el índice de Hang Seng en más de 25% en un día. Esta fue una crisis de información. Una crisis especulativa, en cambio, no es causada por nuevas informaciones relevantes.

En los años 90 hubo diversas crisis: las crisis de *"Metallgesellschaft"* (1994) *"Barings"* (1995), *"Daiwa"* (1995) y de *"Sumitomo"* (1996) fueron crisis de empresas.

En estos casos la gestión del riesgo no funcionó y la acumulación en una sola persona de diferentes competencias, por ejemplo, la ejecución de actividades comerciales claves y su control en manos de una sola persona produjo situaciones indeseables. Los empleados de dichas empresas no tomaron sus responsabilidades en serio y realizaron operaciones especulativas muy arriesgadas.

Tuvieron lugar igualmente otras crisis macroconómicas (crisis monetarias): la crisis de México (1995) y la crisis de Asia del Este (desde 1997). Analizemos esta última.

Una breve descripción de la crisis de Asia del Este

Después de los años 80 las economías de los "tigres asiáticos" : Tailandia, Indonesia, Malasia y Filipinas, han crecido rápidamente a un ritmo aproximado de 8% por año.

Estos países hicieron esfuerzos enormes por reducir sus tasas de inflación, poniendo en orden sus finanzas públicas, abriendo sus mercados (de bienes y de activos financieros) para inversionistas extranjeros. Los países del sudeste asiático fijaban de una manera u otra el valor de sus monedas nacionales al US dólar, para aumentar la credibilidad de sus economías. Los inversionistas extranjeros invirtieron muchos fondos, sobre todo a corto plazo, en dichos países. La entrada del capital llegó a extender la base de créditos internos y muchas empresas y bancos comerciales hicieron créditos denominados en US dólares para aprovechar de tasas de interés reducidas.

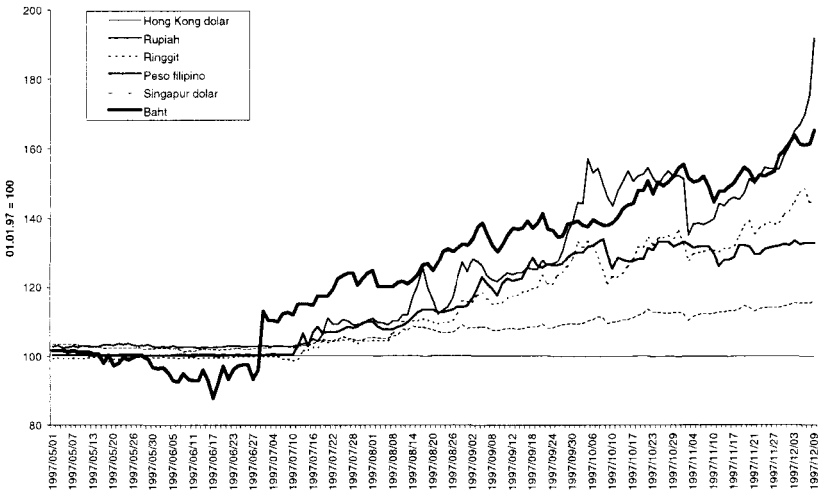
En los años 90 la industria de inmuebles recibió vastos fondos de crédito y la demanda de inmuebles aumentó bastante. Esto hizo subir los precios con rapidez, provocando una crisis en este sector en 1997.

En Tailandia, por ejemplo, una crisis inmobiliaria coincidió con la insolvencia de deudores en diferentes sectores de la economía en la primavera de 1997, porque los principios de solvencia no estaban cumplidos. Eso provocó una crisis monetaria. El *bath* fue atacado y el banco de Tailandia tuvo que intervenir en el mercado de divisas, vendiendo más de cuatro billones de US dólares para apoyar la moneda nacional que estaba fijada al valor del dólar. Además de los inversionistas internacionales, las empresas locales que se habían endeudado fuertemente en dólares con bancos extranjeros, se precipitaron a comprar divisas del banco central. El día 2 de julio de 1997 el ataque al *bath tailandés* llevó a desvalorizarlo en un 17% contra el US dólar. La crisis de Tailanda se extendió rapidamente a Indonesia, Malasia y Filipinas. Estos países también tenían problemas similares y sus monedas nacionales se desvalorizaron enseguida frente al US dólar: *el peso filipino* el día 11 de julio, *el ringgit malaysiano* el día 18 de julio y *la rupiah indonesiana* el día 21 de julio 1997. Hasta fines de octubre 1997 estas monedas cayeron entre 25% (Filipinas) y 45% (Indonesia) frente al US dólar.

El día 23 de octubre 1997 el índice *Hang-Seng* cayó en más del 10 %, reflejando la crisis en Asia del Este. Los rumores en la bolsa de Hong Kong se extendieron rápidamente en otras bolsas. Hong Kong también tenía sus problemas con el sector de inmuebles y el sector bancario, pero el dólar de Hong Kong no mostró debilidad por razón de su *"Currency Board"* que determinó una paridad fija entre el US dólar y el Hong Kong dólar, es decir que cambios en reservas de divisas del banco de Hong Kong llegan a cambios parecidos en la cantidad de Hong Kong dólares. Además, Hong Kong tiene un nivel alto de reservas de divisas (a unos 80 mil millones de US dólares).

En noviembre de 1997, Corea del Sur experimentó turbulencias en su moneda. El *won* perdió 35% de su valor frente al US dólar. La extensión de la crisis a Corea del Sur sorprende, porque este país tiene un gran potencial económico y ocupó el 11mo. lugar a nivel mundial en producto nacional bruto.

Figura 4: Tajas de cambio de monedas de Asia del Este *vis a vis* el US dólar



La crisis de Asia del Este se agravó en los primeros meses del año 1998. El peligro de la expansión de los rumores a otras partes del mundo llevó al Fondo Monetario Internacional (FMI) y a los países industrializados a establecer fondos de créditos de emergencia. Los países de Asia del Este recibieron garantías de cerca 100 de billones de US dólares en total.

¿Cómo se puede explicar esta crisis en el este asiático? Sin analizar todos los aspectos, los puntos siguientes parecen importantes:

a) Las economías del este asiático han crecido rápidamente y han sido confrontadas a la fuerte importación de capital extranjero.

b) El volumen de créditos aumentó rápidamente y en gran proporción, y los bancos descuidaron los riesgos de sus prestaciones.

c) La monedas de dichos países estaban fijadas a una divisa fuerte (el US dólar) lo que incitó a los especuladores a atacarlas en situaciones difíciles.

d) Muchas empresas industriales y bancos en estos países estaban convencidos que el banco central les ayudaría en el caso de iliquidez o insolvencia (función del "*lender of last resort*"). Este efecto es conocido

como el "*moral hazard*". También los gobiernos creían que iban a recibir apoyo del FMI en casos de emergencia. Este sentimiento de seguridad es una fuente para arriesgar más a costa de la sociedad.

e) La globalización facilita las reacciones precipitadas de capital y produce dificultades enormes en la política económica de los países.

5. Conclusión

La Constitución de un país es una guía de principios fundamentales, que no puede ser modificada fácilmente. Es por tanto más razonable que en la Constitución suiza se establezca disposiciones generales, dejando a las leyes el desarollo de los aspectos de detalle que están sujetos a los cambios permanentes. La economía tiene su propio curso evolutivo. El cambio de estructuras económicas se amplifica a medida que la globalización avanza. La interdependencia de los países en el ámbito del comercio, de la producción y de las finanzas trae consigo grandes dificultades para adoptar una política económica "independiente" que pueda resistir a las fuerzas del mercado. Diferentes crisis se han mostrado en el pasado. La volatilidad de los mercados mundiales ha crecido a causa de la intensificación de sus interrelaciones. Solo determinadas restricciones (como el control de divisas o impuestos de transacción) podrían garantizar a los países los nichos necesarios para actuar de manera independiente. Las crisis tienen la tendencia a agravarse en el futuro, presentando peligros enormes para la estabilidad del mundo. También existe el peligro de la contaminación de otras regiones.

Las responsabilidades del Estado para el bienestar y los derechos de sus habitantes, sin embargo, no deben ser puestos en duda. La única posibilidad es admitir una **globalización** de los sistemas jurídicos nacionales a través de las organizaciones mundiales.

Propiedad, contrato y poder

Javier Iguíñiz Echeverría[1]

Estamos observando en los últimos años un proceso de reafirmación de los derechos de propiedad privada y de aumento en la importancia del contrato entre particulares dentro de las relaciones económicas. En lo fundamental, dicho proceso no es nuevo. Ese movimiento buscó independencia respecto del 'Estado absoluto' para poder crear empresas y acumular riqueza. La argumentación reciente en favor de ese orden económico basado en el mercado se ha apoyado en los debates del período mercantilista (siglo XVII-XVIII) y, en el debate reciente sobre la naturaleza de la informalidad, en la utilización de supuestas similitudes entre el proceso latinoamericano y peruano de las décadas pasadas y el que se registró al inicio de la revolución industrial. La argumentación en contra se ha basado en doctrinas socialistas del siglo XIX que contraponía lo individual a lo colectivo y lo privado a lo público. Hoy, ambas contraposiciones son materia de sospecha y existe la percepción de que ambas polaridades falsean gravemente la realidad y de que el triunfo de los proyectos de progreso basados en el predominio de uno de los dos términos de cualquiera de las polaridades deja sin resolver problemas importantes de la convivencia humana.

1 Profesor Principal del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador del Instituto Bartolomé de las Casas - Rímac. El autor agradece los comentarios del profesor Antonio Peña de la Facultad de Derecho de la PUCP, quien leyó una versión previa y parcial. Los errores en materia jurídica que queden son producto de mi terquedad. Este artículo es una versión ampliada de "Dominio sobre las cosas, imperio sobre las personas: propiedad, contrato y poder", publicada en la revista **Páginas**. Vol. XXIII, No. 149. Lima: Centro de Estudios y Publicaciones febrero 1998.

En la primera parte trataremos de la distinción público-privado desde una mirada jurídica y también desde la de algunos grandes economistas.[2] No analizaremos en esta oportunidad la distinción individual-colectivo.

En la segunda, vamos a mostrar el significado que la teoría económica actual le ha dado a la propiedad privada, a las relaciones contractuales y a la libertad que emana de ella. Lo haremos presentando el caso de la relación de esclavitud a la que recientemente se está recurriendo a menudo en los textos de economía.

En la tercera parte sacaremos algunas de las consecuencias políticas de la valoración del contrato; entre ellas, el nuevo (en realidad la reafirmación del antiguo) rol del Estado y de la ley tras la crisis de los Estados de bienestar y socialistas.

En la conclusión resumiremos nuestras inquietudes e impresiones sobre el orden social que parecería estarse instaurando tras las reformas institucionales de los últimos años.

1. Propiedad y poder (soberanía)

En esta parte vamos a concentrarnos en el cuestionamiento la separación público-privado para mostrar que lo que está en juego con la distribución de la propiedad es más que un asunto económico o de riqueza-pobreza; es también uno de poder, de soberanía. Además pretendemos recordar que la polémica no debe ser entre lo público y lo privado pues hay mucho de público en lo privado y viceversa.

La relación contractual es una relación de poderes, otorga y rescinde soberanías; ese el planteamiento central que recogemos de un eminente jurista norteamericano Morris Cohen y que citamos a menudo en lo que sigue. Contra la tradicional división en el mundo de las leyes entre el derecho privado que se preocupa de la propiedad y del contrato y el derecho público que se concentra en asuntos políticos, incluyendo

2 Nos estamos refiriendo a la separación de campos entre política y economía. "La visión de Montesquieu de que las leyes políticas de ninguna manera deben cercenar la propiedad privada porque ningún bien público es mayor que el mantenimiento de la propiedad privada fue recogido por Blackstone y se convirtió en la base del pensamiento legal en los EE.UU. de Norteamérica." Cohen 1927, 155.

obviamente el asunto de la soberanía, la realidad es que, como indicó dicho autor en 1927[3], ambos aspectos de las relaciones entre personas están bastante más juntos de lo que se cree.[4] De hecho, los contratos son asunciones y cesiones de soberanía. Esta relación es tan estrecha que se llega a afirmar que la propiedad *es* soberanía.

a. Propiedad y soberanía

Para entender el significado de este aspecto de las relaciones entre las personas conviene recordar varias distinciones conceptuales. Una de ellas tiene que ver con el origen de la distinción entre propiedad y soberanía. "La distinción entre propiedad y soberanía es generalmente identificada con la discriminación romana entre *dominium*, el poder del individuo sobre las cosas, e *imperium*, el poder del príncipe sobre los individuos."[5] En la Edad media estas dos relaciones estaban muy conectadas. "La esencia de la ley feudal... es la conexión inseparable entre la propiedad de la tierra y el homenaje (*homage*) personal que a menudo incluía labor como sirviente de parte del arrendatario y siempre una auténtica soberanía del terrateniente sobre el arrendatario."[6] El planteamiento de este autor es que la distinción privado-público propia del derecho oculta las conexiones que no desaparecen con la edad media entre propiedad y poder.

La segunda distinción está relacionada a la anterior y es la que separa el significado de 'propiedad' como cosa del significado de ese término como relación entre personas. Hablar de "mi propiedad" alude a ciertas cosas poseídas por mí. Pero las relaciones de propiedad son siempre relaciones entre propietarios. La esencia del derecho de propiedad privada es el derecho a excluir a otros de ciertas cosas.[7] En el mundo

3 Ponemos de relieve la fecha para mostrar que los debates fundamentales están basados en cambios más antiguos y más importantes que los que se pretenden hoy por el neoliberalismo. En dicho año el jurista hizo la presentación en la Facultad de Leyes de Cornell. Con pequeños cambios fue publicada en ***Cornell Law Quarterly***, vol. XIII (1927). Luego se publicó como parte del libro que se cita en las referencias.

4 La ventaja de citar a Cohen no es solo la derivada de basarnos en un clásico en el tema sino que nos permite mostrar que el debate de fondo no es con las expresiones más recientes de anti-estatismo neoliberal. El proceso es más antiguo, accidentado y profundo y depende del crecimiento del tamaño de las empresas privadas y de la cada vez más indefinida frontera entre lo privado y lo público.

5 Cohen 1927, 156

6 Cohen, *ibid.*

7 La teoría económica convencional ha partido siempre de una situación en la que el

liberal, poseerlas no se relaciona con la responsabilidad de compartirlas y sí se identifica con el derecho a excluir a otros del acceso a ellas y a sus beneficios. La ley no asegura las habilidades para un uso adecuado de dichas cosas, simplemente garantiza el poder de excluir a otros del uso y beneficios de las cosas bajo mi propiedad. Lo importante en nuestro tema es que en la medida en que esas cosas que yo poseo sean necesarias para que el otro viva, su posesión, refrendada por la fuerza de la ley o de la simple fuerza particular, me da un cierto poder sobre el otro. Uno de los efectos posibles de ese poder, uno muy utilizado en la historia de la humanidad, es poder exigirle que haga algo que me interesa, que me sirva. Esa necesidad ajena puede ser directa o de bienes finales (alimentos) o indirecta o de bienes intermedios o herramientas y equipos.

En la sociedad moderna ese poder del propietario sobre los excluidos del bien apropiado no es siempre menor al que tenía el amo respecto de los esclavos o el patrón respecto de los siervos. Por ejemplo, el margen de maniobra para administrar su tiempo de trabajo que tenía el esclavo o el siervo respecto de su amo puede ser mayor que el que tiene un asalariado.[8] La propiedad, pues, confiere al propietario un poder soberano que se expresa en su capacidad de exigir servicio en su beneficio y obediencia del otro. Eso está en la esencia de todo contrato de trabajo. Para usar la terminología del derecho romano: el dominio sobre cosas es a la vez un imperio sobre personas.

Estamos así ante una aproximación a la propiedad que determina más que la capacidad de imponer precios como en el caso de los monopolios la naturaleza de las relaciones entre las personas, el tipo de relación entre ellas en aspectos fundamentales.

b. La inspiración clásica y la actualidad

En el mundo moderno, la relación entre propiedad y poder ha sido clara desde el principio. Desde Locke la justificación de un Estado

excluido había desaparecido del escenario. El problema económico ha sido el de la asignación de las cosas ya apropiadas con reglas que prescinden totalmente de la presencia del excluido. En ese sentido, decir que el *homo economicus* es egoísta es absurdo; no hay en la teoría respecto de quién serlo. No existe otro interés que el propio. Por eso, la teoría económica de los derechos de propiedad es de muy reciente aparición.

8 Barzel, 1989.

limitado estaba, como ahora en el Perú, asociada a la defensa de una propiedad privada ilimitada. Que este tipo de propiedad era excluyente resultaba obvio para los grandes pensadores del tema. De ahí, la estrecha asociación entre la propiedad y su distribución por un lado y la necesidad de una autoridad política por otro. "El gobierno civil, en cuanto instituido para asegurar la propiedad, se estableció realmente para defender al rico del pobre, o a quienes tienen alguna propiedad contra los que no tienen ninguna."[9] El derecho a la propiedad privada ha sido desde sus inicios el derecho de los propietarios.

Así la institución política estaba directamente conectada con el mundo de las relaciones privadas entre propietarios y entre éstos y los no propietarios. Esta asociación suponía la autoridad de unos y la subordinación de otros. La mera propiedad sobre las cosas o instrumentos necesarios para vivir no era suficiente como para ejercer el poder que de ella se derivaba. Hacía falta el Estado, pero no debía inmiscuirse en las relaciones socio-económicas y de poder privado que se establecían entre las partes. De ahí se deriva que el tema de la propiedad pase a ser un asunto privado mientras que el del Estado y su rol sea materia del derecho público.

El Estado, inicialmente al menos, no sólo no eliminó la relación privada de poder que se establecía entre propietarios y no propietarios con la concentración de propiedad sino que orientó el problema del poder hacia la esfera pública dejando libres a los privados. Unos libres para contratar y despedir y otros libres sólo para despedirse. Todos ganaron algo de libertad pero la insatisfacción de las necesidades básicas constituía el acicate para asegurar que quien sólo era libre para despedirse no lo hiciera nunca definitivamente.[10] El poder y la subordinación privados se 'balancearon' u ocultaron con el acercamiento de las personas al poder en otra esfera, la pública, en la que el súbdito pasaba a ser ciudadano, mientras en la privada seguía de súbdito. Mientras la subordinación en lo privado aumentaba con la concentración de los medios de producción en manos de unos pocos el Estado se retiraba de la regulación de dicha relación.

9 Smith, 1958, 633. Como veremos más adelante, la nueva teoría de los derechos de propiedad no acepta el planteamiento de que hay gente que no tiene ninguna propiedad. Hasta el esclavo será visto como propietario.

10 En la experiencia de colonización norteamericana eso sí podía ocurrir.

Sólo después, como consecuencia del aprovechamiento máximo de las relaciones de poder propias del mundo privado por los empresarios y de la respuesta sindical ante la miseria y el maltrato que ello suponía que el Estado interviene en ese mundo del poder privado. El rol tuitivo del Estado en las negociaciones entre capitalistas y asalariados, la naturaleza tripartita de la negociación, es expresión de esa injerencia pública en lo privado. Además, los propios sindicatos, asociados a partidos laboristas, socialistas, comunistas y socialcristianos buscaron un lugar en el escenario público para forzar la presencia del Estado en la desigual relación entre privados. Consiguieron como ciudadanos lo que no podían lograr como súbditos dentro del ámbito privado.

Pero esta línea de asociación poder-Estado y de separación entre esa esfera y la privada siguió su camino tras la crisis económica del "Estado de bienestar" en los años 70 del siglo XX. Un aspecto de la presente desestatización, como veremos adelante, es el de privatizar las relaciones contractuales y hacer del poder privado un poder efectivo reduciendo la intervención pública sobre la base del interés común. El poder privado, derivado directamente de la propiedad de capital y de la posibilidad de sacarlo del ámbito en el que el Estado tiene injerencia puede ejercerse así más plenamente. El libre movimiento de capitales es un factor clave para determinar si hace falta el Estado para hacer respetar el derecho de propiedad. El Estado mismo cambia de ubicación y es menos importante, o por lo menos, también él más subordinado. Pero acabemos este acápite con dos referencias más sobre la relación propiedad-subordinación. Nada menos que los dos fundadores del clasicismo y del neoclasicismo respectivamente lo introdujeron en sus análisis explícitamente.

Para Adam Smith, nuevamente inspirador, esta vez del neoliberalismo, las cosas eran claras. Hacía falta poder público y la creación de una subordinación distinta, en cierto sentido adicional a la propia del mundo privado. Después se mostraría que era más fácil reducir esa subordinación por medio de la conquista de la ciudadanía que reducir la propia del ámbito económico privado. Así nos parece que se puede ver el planteamiento de Smith en una perspectiva más larga. "El gobierno civil supone una cierta subordinación; pero como su necesidad crece gradualmente con la adquisición de propiedad valiosa, las principales causas que de una manera natural introducen la subordinación, crecen parejamente con el incremento de esa propie-

dad."[11] En efecto, parece que cuanto mayor fuera la propiedad, mayor era el dominio de los propietarios sobre los que no lo son, pero también era mayor la respuesta de estos últimos contra las consecuencias de dicha concentración.

El Estado se hacía más necesario. No hubiera sido así, si la concentración de propiedad hubiera resultado en relaciones sociales nuevas que les parecieran convenientes a los propios subordinados. Las relaciones de poder en este caso ideal ocurrirían sin necesidad del Estado, serían exclusivamente privadas. Pero la historia no ha sido así, el positivismo, el socialismo, el comunismo y el socialcristianismo de diferentes maneras y con diversos motivos cuestionaron la situación en el mundo privado bajo el nombre por ejemplo de la "cuestión social". Saber cuánto ha influido el hecho de que la concentración de propiedad se hizo expropiando a los no propietarios de su tierra, cuánto el trato que los propietarios dieron a los que no lo eran y tenían que subordinarse o cuánto a otros factores no es nuestra tarea ahora.

La inquietud por la relación propiedad-subordinación estaba también presente en los neoclásicos. Como indicó León Walras «... el modo de apropiación depende de nuestras decisiones, y según que estas decisiones estén bien o mal tomadas, el modo de apropiación será bueno o malo. Si bueno, coordinará los destinos de las personas entre sí, satisfará la justicia; si malo, subordinará el destino de unas personas al de otras, habrá consagrado la injusticia.»[12] Estirando algo su argumento, parece sugerir el autor que si la propiedad fuera adecuadamente distribuida, al no haber injusticia, dicha propiedad coordinaría los destinos de todos y, podemos inferir, quizá no haría falta el Estado o tanta necesidad de una instancia pública que asegurara el derecho de los propietarios. A fin de cuentas, tradicionalmente, el problema de la justicia se sitúa en el ámbito de lo público mientras que la ética lo hace en el privado. León Walras, el economista que probablemente ha contribuido más a sustentar el supuesto de las «armonías universales» en el mercado estaba muy claro respecto de la importancia de una adecuada decisión en torno a la estructura de la propiedad.

11 Smith, 1958, 629. Resulta muy interesante leer en las páginas que siguen las cuatro causas de la subordinación humana en este pensador. Ellas son: las cualidades personales, la edad, la fortuna y el nacimiento. No está demás recordar que Smith trata de este tema en el capítulo sobre los "gastos de la justicia."

12 Walras, 1978, 170.

El neoliberalismo trata de volver el reloj hacia atrás en el campo de las relaciones privadas. El problema es que la época social-demócrata, socialista, etc., ha dejado huella en buena medida irreversible y resulta imposible erradicar la existencia de factores definitivos, como por ejemplo, de una ética cívica, de ciudadanos y no de súbditos que ha echado raíces en los países con más trayectoria sindical y democrática y que obliga al mundo empresarial a reflexionar a toda velocidad sobre su nuevo *status* en la sociedad y en su imperiosa necesidad de ganar legitimidad.[13] Por supuesto, no pocos empresarios están aprovechando del espacio abierto por la marginación del Estado en el ámbito privado para estirar jornadas de trabajo, reducir la calidad de los ambientes laborales, etc., lo que Marx llamaba el aumento del plusvalor absoluto, esto es, de la agudización de la explotación con la pobreza. No es ese el camino que las grandes empresas en los campos de punta tecnológica consideran viable, ni competitiva ni moralmente. El debate está abierto y es de gran trascendencia en el mundo desarrollado.[14]

c. Una ilustración de gobierno: la sobrevivencia de los súbditos

Si propiedad y poder van especialmente juntos en ciertas esferas de la vida, es natural que se genere un conflicto por el poder. Un ejemplo, sobre un asunto que incita pasiones en el mundo neoliberal, y en sus críticos puede aclarar esto. Una decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. de Norte América en la que no se condenó el pago de salarios inferiores a un mínimo vital motiva que Cohen indique que "con tal decisión los intereses monetarios privados reciben precedencia sobre la responsabilidad soberana del Estado de mantener niveles de vida decentes."[15] De ese modo, se le quita al Estado el derecho a prohibir pagos que sean infrahumanos desde el punto de vista de los requerimientos de la familia para vivir. La libertad de contratar se convierte en un derecho equivalente al de propiedad, en una libertad sobre la que nadie, y menos el Estado, tiene poder, "en un estiramiento del signifi-

13 Cortina, 1994, cap. 2.

14 Por ejemplo, en EE.UU. de Norteamérica hay diversas opciones de avance económico y social en tensión. Piore 1995. El debate entre el enfoque europeo y el de los EE.UU. es otro ejemplo de gran trascendencia y el relativo a la relación entre desarrollo y derechos humanos entre occidente y oriente también.

15 Cohen, 1927, 157.

cado del término 'propiedad' hasta incluir lo que nunca antes había significado en la ley o la jurisprudencia de ningún país civilizado."[16]

Nuestro punto central es, pues, que la propiedad es muchas veces poder sobre otras personas al punto de excluir a las otras de la posibilidad de obtener de manera independiente su subsistencia. Excluir a otros de ciertos bienes equivale a excluirlos de esa independencia y de la libertad que supone. La consecuencia es el establecimiento de relaciones de soberanía de unos, que deben ser servidos, sobre otros que están forzados a ofrecer sus servicios. Pero, como hemos anotado en el párrafo anterior, la prestación de un servicio, puede no ser suficiente para vivir y eso siempre ha sido responsabilidad del soberano. Podía no cumplirla pero de ser así caía en falta; era obvio que tenía que cuidar de la vida de sus súbditos concediéndoles tierras en arrendamiento y protegiéndolos de los enemigos. Ambos aspectos iban juntos a tal punto que la concesión de medios de vida era la condición para que luego la propiedad fuera protegida con la fuerza de las armas empuñadas por los súbditos. Hoy, la protección del soberano se concentra cada vez más en la defensa ante ciertos ataques, que no son otros que los que definen a su ejecutor como delincuente, pero no incluye la garantía de la subsistencia.[17] De ahí la emergencia de esa novísima faceta de la vida humana: el desamparo económico. El neoliberalismo busca separar lo más posible estos dos componentes de la responsabilidad soberana y, encima, responder al Estado de bienestar y al socialismo reduciendo en la mayor medida posible la asunción por el Estado de la responsabilidad por la subsistencia de los ciudadanos.

d. Propietario: soberano

La amplitud de la soberanía que el sector privado reclama a costa de la del Estado es mayor de la que él mismo imagina. La ley y los aparatos

16 El jurista añade más adelante algo que es parte de la actual argumentación neoliberal. "Puede ser que las fuerzas económicas corregirán ellas mismas el abuso que la Corte Suprema no permite al Estado eliminar directamente, que las fuerzas económicas eliminarán las empresas parasitarias que no pagan el mínimo de subsistencia porque tales empresas no son tan económicamente eficientes y rentables como las que sí pueden pagar mayores salarios. Igualmente se argumentó que la esclavitud iba a desaparecer debido a su ineficiencia económica." Cohen, 1927, 158.

17 Véase al respecto: Iguíñiz,1993.

organizados del Estado que respaldan el derecho de propiedad privada protegen no sólo el derecho al uso de las cosas apropiadas; también protegen los ingresos que se puedan derivar de ellas. Este es, de hecho, el derecho principal en el mundo de hoy; el relativo a los beneficios económicos de la propiedad de un activo. La propiedad privada de la tierra le da derecho al terrateniente a recaudar una renta, la propiedad de una compañía de teléfonos de la da al dueño el derecho a cobrar por el servicio telefónico de hoy y de mañana, y la propiedad de un bono del Estado le da a uno derecho a una parte de la recaudación tributaria futura.

> "Desde este punto de vista puede ser rápidamente entendido que cuando una corte de justicia determina que una compañía de gas tiene el derecho a un retorno de 6% sobre su inversión no está solamente protegiendo propiedad ya poseída, también está determinando que una porción del producto social futuro deberá ir bajo ciertas condiciones a dicha compañía. De ese modo, no sólo los señores medievales sino también todos los propietarios de activos que proveen renta están autorizados por ley a cierto poder de recabar impuestos sobre el futuro producto social. Cuando a este poder tributario se le añade el poder de mandar a muchos que no son económicamente independientes y ponerlos a su servicio tenemos la esencia de lo que históricamente ha constituido la soberanía política."[18]

Cuando aplicamos este criterio ya no a empresas pequeñas que mandan a pocos y que reciben una parte pequeña del producto social en razón exclusivamente de su propiedad, sino a grandes empresas, muchas de ellas mayores que la mayor parte de los países del mundo

18 Podría parecer extraño que Cohen (1927, 160) llame 'impuesto' a la renta obtenida por los propietarios. El intento de asociar dicho ingreso con el trabajo no tiene validez desde los orígenes de la teoría económica moderna. Como indicó Adam Smith: "Habrá acaso quien se imagine que estos beneficios del capital son tan solo un nombre distinto por los salarios de una especie particular de trabajo, como el de inspección y dirección. Pero son cosa completamente distinta, regulándose por principios de una naturaleza especial, que no guardan proporción con la cantidad, el esfuerzo o la destreza de esta supuesta labor de inspección y dirección. Los beneficios se regulan enteramente por el valor del capital empleado y son mayores o menores en proporción a su cuantía." (Smith, 1958, 48)

estamos ante una soberanía política que compite con la de los Estados. Esa competencia no es sólo debida a la soberanía sobre otros que proviene de la propiedad privada, cualquiera que sea la escala de operaciones, sino también al gran tamaño de la propiedad privada.

e. ¿Soberanía sobre el Estado nacional?

El argumento anterior, salvo en el último párrafo, se refería a la relación entre personas o entre personas y organizaciones o entre empresas; sin embargo, no nos parece totalmente impropio incluir en él a los países. Si la propiedad otorga un poder de contenido político, es obvio que en el caso del capital financiero e industrial, su libertad para irse de una región determinada o de una nación hace de la entidad política regional o nacional en cierto sentido dependiente del propietario privado. Aunque no se debe aplicar de manera exacta el argumento anterior podemos aventurar que el Estado, en la medida en que se autoexcluya o sea forzado a excluirse de la propiedad de los medios de producción tiene que sostenerse y cumplir sus funciones recurriendo a quienes sean los propietarios. La estatización de hace varias décadas y la privatización reciente en América Latina pueden verse como momentos de un proceso de asignación de soberanías. El Estado de bienestar constituiría en esta perspectiva una división del trabajo del soberano. El derecho a recaudar una parte del producto social y el derecho a ser servido para unos y el de atender la sobrevivencia de los súbditos a otros. En el Perú de hoy esa división se presenta de manera extrema. El Presidente de la República tiene un poder mayor sobre el Ministerio de la Presidencia que sobre el Ministerio de Economía y Finanzas. El Ministerio de la Presidencia es su coto más propio.

En el mundo capitalista en general, durante este siglo ambas, estatización y privatización no han sido sino procesos marginales dentro de un orden jurídico que el artículo de Cohen presenta bien y que se basa en una amplísima proporción de propiedad privada sobre los medios de producción. Lo esencial al orden vigente es anterior y no es alterado sustancialmente por la ofensiva neoliberal. Era la presencia de los países socialistas y el propio subdesarrollo de las empresas privadas de los países pobres la que posibilitaba una proporción de propiedad estatal mayor a la usual, como se registró en el caso del Perú.

En realidad, no es necesario que las empresas recurran a la amenaza de salida, basta que reduzcan el ritmo de inversión para que el poder derivado de la propiedad privada se exprese y coloque a los gobiernos es situación de subordinación. De hecho, hoy las grandes empresas negocian más que los tributos particulares aplicables a ellas, los sistemas tributarios mismos y la filosofía tras ellos.[19] Los altos ejecutivos de las empresas grandes son y tienen que ser eminentemente políticos.

f. Soberanía sin responsabilidad

Uno de los problemas más graves de esta privatización de la soberanía política es que lo trasladado del Estado al privado es el beneficio pero no la responsabilidad social que conlleva. Sigamos una vez más a Cohen al respecto: "La mayor dificultad ... con el gobierno industrial y financiero es que los gobernantes han sido liberados de toda responsabilidad por el efecto de sus políticas sobre los seres humanos. Antiguamente, el empleador podía cumplir y tenía un interés en la salud y costumbres (*morals*) de sus aprendices. Ahora, los propietarios o dueños de acciones han perdido todo contacto personal con todos menos unos pocos de los que trabajan para ellos. El elemento humano está totalmente subordinado al motivo de la ganancia".[20]

Estamos así ante una asunción de derechos de soberanía sin la contrapartida de las responsabilidades que dicha soberanía suele conllevar: cuidar de la vida de los subordinados.[21]

Como el instinto de supervivencia de las personas es difícil que desaparezca, las dificultades para sobrevivir serán motivo de reclamo ante quienes asumen el rol de soberano. Esa es justamente la responsabilidad que asumen los empresarios al reivindicar el derecho a excluir al Estado del ámbito de relaciones humanas que afectan directamente aspectos esenciales a la vida de las personas. La división del trabajo según la cual los privados asumen una parte creciente de los derechos

19 Véanse las expresiones del Sr. A. Hunt de la empresas Mobil-Shell en CADE 97 sobre la filosofía tributaria que le conviene al Perú.

20 Cohen, 1927, 174.

21 Ese cuidado es el que contribuyó a la generación del 'Estado de bienestar' pocos años después de que este planteamiento de Cohen se formulara. Alguien tuvo que encargarse de las responsabilidades del soberano.

de soberanía y el Estado cumple con las responsabilidades sociales de la soberanía convierte a éstas en costo privado, en costo del soberano privatizado. Minimizar el costo de las políticas 'sociales' es, en realidad lo mismo que minimizar la pérdida de ganancias que supone compartir con el Estado el derecho a obtener una parte del producto social.

2. El esclavo como propietario y la esclavitud como contrato

Las relaciones contractuales son relaciones entre propietarios. El argumento de Cohen puede ser cuestionado diciendo que, en realidad, no es cierto que algunos son propietarios y otros no lo son o que tampoco que es cierto que unas propiedades son distintas de otras; que lo único cierto es que todos somos propietarios y, en cierta medida soberanos. La moderna teoría económica, para hacer evidente que la relaciones económicas son aquellas que se realizan entre propietarios analiza con particular esmero la relación propia de la esclavitud. Si en esa relación el esclavo puede ser considerado propietario, con mayor razón en el orden jurídico actual.

a. Propietario sin soberanía sobre los esclavos

¿De qué o quién es propietario el amo? La respuesta económica es: de los activos constituidos por los esclavos o de los esclavos en cuanto activos de valor económico. El amo es dueño de fuentes de renta. En cuanto tal, no es relevante el problema de soberanía sobre el esclavo que dicha propiedad conlleva. Que el esclavo no tenga alternativa de vida fuera de su esclavitud no constituye un asunto relevante para el análisis económico. El amo es idéntico para la economía que el propietario de acciones de una sociedad anónima. Ambos son dueños de activos que tienen exactamente las mismas propiedades: dan derecho a una parte del producto social.

Toda la nueva teoría de los derechos de propiedad y de los contratos parece concentrarse en esta dimensión del problema de la propiedad y de la esclavitud. Que esa propiedad lo sea de un tipo particular de habilidades de sus trabajadores no es importante. El uso o abuso sin consecuencias económicas de las cosas en propiedad o de sus portadores, los esclavos, sale de la escena y la atención recae exclusivamente

sobre el ingreso que esa posesión puede generar. Ese activo puede venderse y comprarse según su rendimiento. Barzel (1989) insiste en que, de hecho, algunos lograron incluso comprar sus propias habilidades y usarlas para sí mismos. Huir, más bien, era robar activos. Un esclavo que se escapa no rompe ninguna relación de subordinación, simplemente le quita un activo (las habilidades del propio escapado) al amo. Quien tiene éxito en su fuga es un ladrón, no un ser libre. Sin embargo, la teoría económica se traiciona de inmediato introduciendo el problema de la soberanía.

b. El soberano supervisa

La introducción de la relación de soberanía ocurre en el momento en el que se toma en cuenta la actividad supervisora. Después de todo, ¿quién tiene derecho a supervisar el servicio del trabajador sino quien es servido? La preocupación fundamental de la teoría económica de los contratos es que generalmente la propietaria no logra obtener todo el ingreso al que dicha propiedad da derecho.[22] No lo logra porque no resulta económico supervisar la actividad hasta el punto de evitar toda sustracción del producto o toda reducción del esfuerzo laboral. Como el costo de la supervisión se considera que aumenta conforme se hace más intensiva y como, por el contrario, el producto adicional obtenido disminuye cuando se prolonga el esfuerzo en algún momento, el costo de afinar la supervisión pasa a ser superior al beneficio que se obtendría como consecuencia de dicho afinamiento. La supervisión tiene, pues, un límite económico que es distinto del límite técnico que resulta de, por ejemplo, los equipos necesarios.

c. El esclavo también es propietario

Volvemos así al inicio del intento teórico de presentar las relaciones de propiedad como totalmente distintas a las propias de la soberanía. Lo

22 En Barzell (1989) y otros autores se formula el problema en términos de contribución o aporte al proceso productivo. Sin embargo, el hecho que una propiedad de derecho a algo es, como indicó Adam Smith, totalmente distinto que contribuir a la generación de ese algo. La economía trata siempre de justificar un derecho con una supuesta contribución al producto. De ese modo, el dueño de una acción contribuye del mismo modo que un técnico

que el esclavo puede apropiarse para sí es justamente el aumento del producto que no logra ser supervisado, o el eventual resultado del tiempo y la energía que se ahorra en el margen no supervisado de su actividad laboral. El esclavo tiene así los recursos propios que provienen de sus márgenes de libertad y que puede utilizar o no en su propio beneficio.

En cuanto la supervisión no se ejerce por razones económicas, la soberanía tampoco. A partir de un cierto momento al amo no le conviene exigir un servicio del esclavo y éste es libre. En ese margen el esclavo es considerado propietario y, en cuanto tal, participante libre de una relación contractual que involucra el intercambio de los productos que el esclavo puede producir en los márgenes no supervisados y de los que es, de hecho, aunque no lo sea de derecho, propietario.

El análisis económico se pone en evidencia cuando tiene que colocar el ámbito de la libertad y de la ausencia de soberanía en el margen del proceso económico y no en lo que constituye su corazón. Falla, pues, el intento de excluir las relaciones de autoridad-obediencia entre empleador y empleado.

3. El lugar del contrato y de la ley

El cambio del Estado que se propone hoy en muchos países del mundo cambia también el significado de la ley y con ella la relación entre política y mercado; entre, por un lado, el derecho del Estado a intervenir para ampliar el ejercicio efectivo de la libertad de las personas[23] y, por otro, el derecho de las personas a la libertad respecto del Estado que le provee la ley.[24] La intervención puede presentarse en base a la distinción entre contrato y ley.

Tradicionalmente, el contrato debía *aplicar* la ley; una ley que expresaba el interés común al que tenían que adecuarse los acuerdos entre privados[25]. Así, la política ponía, hasta un punto importante, los cau-

o administrador a la generación de un producto. Estamos ante el rezago ya superado de la fundamentación del derecho a una cosa por medio del trabajo.

23 Es lo que en tiempos recientes se denominan las libertades y derechos positivos siguiendo el clásico trabajo de Isaiah Berlin, recientemente fallecido.

24 Esta libertad es la que se denomina libertad negativa.

25 Zamagni, 1995, 30-1.

ces al curso de acción económica de los privados. Esta época era, sobre todo en Europa, la del "Estado de bienestar". Ese Estado colocaba el "interés público" en un nivel más alto que en el pasado liberal. "Crecientemente, más y más norteamericanos viven de la generosidad del gobierno - asignada por el gobierno en sus propios términos y otorgada a destinatarios sujetos a condiciones que expresan el 'interés público'"[26] y lo hacía porque el interés privado afectaba gravemente la vida de muchos individuos. El neo-liberalismo intenta revertir ese orden jerárquico en toda la medida de lo posible y con el viento a favor de la debacle socialista y colocar nuevamente a la economía al comando del orden vigente. "*The public interest state ... represents in one sense the triumph of society over private property*" decía Reich en 1964.[27] Es lo que se pretende cambiar hoy.

Hoy, en efecto, la expansión del individualismo arrincona al interés común y cambia, en algunos casos hasta invertirse, el lugar de la ley y del contrato. El contrato deviene así en fuente de derecho y toma el lugar de la ley. De ese modo, el privado se protege del interés general propio de la colectividad en su conjunto. El derecho pasa de proteger el interés general a proteger el vínculo establecido voluntariamente entre los privados. El contrato adquiere cada vez más una 'función legislativa'. [28] En ese sentido, un acuerdo voluntario resulta en algo más que una obligación entre las partes, también es un creador de derechos. [29] Esta manera de operar es especialmente notoria en el campo de los arbitrajes internacionales debido a que no hay leyes mundiales que los regulen y un país no puede, en principio, imponer a otro sus leyes. Sin embargo en nuestros países se está extendiendo este procedimiento.[30]

El argumento económico dominante hoy en favor de un proceder basado en el arbitraje es el de la reducción de costos de transacción pero en el fondo hay uno más importante: la autonomía del particular respecto del interés común. Estamos así ante la creación de nuevas informalidades por falta de ley o por la conveniencia económica de

26 Reich, 1978, 179.

27 Reich, 1978, 180.

28 Zamagni, 1995, 31.

29 Zamagni, 1994, 126.

30 Véanse las incoherencias en la elaboración legislativa que resultan de este proceso en Bernales (1996, 319-20).

evitar el cauce del derecho sin que ello quiera decir que se va contra el texto de la ley. La demora de los procesos judiciales, la corrupción y todo aquello que aumente los 'costos de transacción' aboga a favor de la informalización crecientemente legitimada bajo la forma de arbitrajes como medio de resolución de problemas.[31] El neoliberal tiene sentimientos encontrados respecto de la idoneidad de la justicia pues la corrupción y la traba burocrática es una buena excusa para marginar al Estado de los asuntos privados. La formalización de la informalidad va de la mano con la informalización de la formalidad.

c. La fuerza moral del contrato

El contrato constituye una vía atractiva para mirar las relaciones entre personas porque se supone que el acuerdo al que se llega es voluntario y, por lo tanto, bueno para las partes. Un primer nivel de crítica que relativiza esta libertad es el que pone en cuestión la real libertad de las partes. Si bien en muchos contratos se puede hablar de una libertad apreciable, en todos aquellos en los que alguna de las partes no tiene otras opciones abiertas y la alternativa de no contratar afecta de manera significativa su vida o la de sus familiares resulta difícil hablar de libertad. En el análisis de la propiedad hemos mostrado antes que hay soberanía de por medio y, por lo tanto, problemas de libertad. Hoy, esa soberanía se sigue expresando desde en las relaciones laborales dentro de la chacra o de la casa hasta en los procesos clientelistas de apoyo social en los que la entrega de cosas es acompañada de participación en desfiles cívicos. Cuando la alternativa es sujeción o desamparo mortal es difícil tomar la naturaleza voluntaria de la aceptación de sujeción como expresión de libertad. La base moral de una sociedad contractualista no es tanta como se pretende.

Mas allá de esta importante crítica basada en la condicionalidad existente en mayor o menor medida en cada contrato se encuentra el cuestionamiento a la profundidad moral de las relaciones contractuales. En la visión contractualista no importa, en realidad, qué es lo bueno; es el procedimiento el que resulta relevante. En dicha perspectiva, una

31 A la vez, estamos ante una nueva manera de afirmar el rol de la sociedad civil ante el Estado; de relativizar su importancia en el momento de reducir o resolver los conflictos entre personas.

sociedad justa no incluye una visión específica de lo bueno y lo malo.[32] Para Rawls, por ejemplo, se llega a la justicia por medio de un procedimiento contractual. La crítica de Zamagni a este clásico de la teoría de la justicia es interesante y la resumimos para motivar nuevas reflexiones.

Para este autor, en el planteamiento de Rawls "la sociedad justa debería basarse en principios que no implican una visión específica de lo que es bueno".[33] Así, el concepto de justicia de Rawls "puede liberar lo que es justo del tutelaje de lo que es bueno".[34] Pero lo bueno, dice el crítico, sigue siendo importante porque es lo que "inspira las acciones humanas ofreciéndole al hombre una buena causa hacia la cual fuera valioso dedicar la vida sin lamentarse."[35] Después de todo, "el acuerdo entre las partes resulta *per se* una caja vacía que puede ser llenada con contenido buenos o malos."[36]

Finalmente, sigue Zamagni, la visión contractualista estrecha la visión de las relaciones humanas. Muchas de ellas no encajan en el modelo contractualista de relación que dicha visión propone. Tal es el caso de las relaciones puramente conflictivas como son las relativas a la justicia o las relaciones de coordinación. Una teoría moral que pretende ser general no puede restringirse a ciertos tipos de relación. En general, la autoridad moral de la sociedad basada en contratos tiene varias debilidades importantes, sin que ello le quite un rango de aplicabilidad apreciable.

4. Conclusión

La creciente presencia del contrato en las relaciones humanas equivale a la privatización de las relaciones de poder entre las personas, a la marginación del Estado en la regulación de esas relaciones. Esa marginación se expresa en muchos campos siendo uno de los más importantes el laboral. La necesidad de corregir esta situación no es

32 Zamagni, 1994, 125.
33 Zamagni, ibid.
34 Zamagni, 1994, 126.
35 Zamagni, ibid.
36 Zamagni, 1994, 127.

una novedad y es parte de un proyecto civilizatorio que surge durante el periodo de expansión original del orden capitalista. Como dice Cohen: "La subordinación de todo al único objetivo de la ganancia monetaria lleva al gobierno industrial a adquirir la forma de una monarquía absoluta. La monarquía tiene cierta simplicidad y conveniencia; pero a largo plazo es rara vez lo mejor para todos los concernidos. Tarde o temprano lleva a la insurrección. Es miope asumir que un empleador no puede manejar su negocio sin el derecho absoluto a contratar y despedir cuando le de en gana. Es interesante anotar que incluso un ejército moderno es manejado sin que el general tenga el derecho absoluto de contratar y despedir. El Sha de Persia quedó anonadado cuando un embajador británico, Sir John Malcolm, le informó que el Rey de Inglaterra no podía decapitar a ninguno de sus cortesanos a su antojo. Pero Sir John Malcolm estaba igualmente sorprendido al observar las elaboradas precauciones que el Sha tenía que tomar para impedir que lo asesinen. ¿No será que un gobierno constitucional democrático o limitado en la industria tiene ciertas ventajas humanas sobre la monarquía ilimitada?"[37]

Obviamente, no se trata simplemente de trasladar esquemas de gobierno de una esfera a otra de la vida, pero la larga cita anterior pone de relieve varias de nuestras preocupaciones actuales ante el fundamentalismo con el que se pretende separar economía de política, se posterga y se degrada la asunción de la responsabilidad pública y se impulsa la institucionalización de un orden dual en el campo de los derechos humanos en sentido amplio. Quizá no sea una monarquía absoluta la que, paradójicamente, pretendan instaurar los neoliberales más convencidos pero ciertamente es necesario considerar que el Perú no parece dispuesto a retornar a un régimen de sujeción personal que recuerde la servidumbre de la que se han escapado tantos campesinos y tantas empleadas domésticas. Está por verse si es que los instintos más profundos de los neoliberales son liberales. A pesar de los esfuerzos de De Soto por mostrar que la función empresarial estaba siendo asumida por los sectores sociales emergentes y, ahora por asegurar jurídicamente los derechos de propiedad, no podemos evitar la impresión de que la expansión del ámbito de la propiedad y del contrato en el mer-

37 Cohen, 1927, 174.

cado también está trayendo consigo la revigorización de costumbres importantes del viejo orden jerárquico peruano; costumbres que la propia informalidad estaba reduciendo. Esto se revela en que el paso de señores a ciudadanos en el campo político no siempre corresponde con el abandono total del *status* de señores y en una crisis económica e institucional como la actual, la servidumbre en el comportamiento laboral se convierte muchas veces en la condición obligada para mantener el empleo y llevar algo a la casa.[38]

Las reformas laborales no son simplemente cuestión de nivel salarial; también lo son de *status*, de efectiva libertad ciudadana. La flexibilización laboral es un cambio en la naturaleza del contrato que añade sujeción para unos y reduce responsabilidad soberana para otros. Nuestro objetivo ha sido llamar la atención sobre el componente de sujeción personal y nacional que trae consigo la afirmación casi exclusiva de la propiedad privada en terrenos en los que no es conveniente disminuir la acción de la ley y del interés común y donde el mero hecho de tener un status de ciudadano no es garantía de trato horizontal y de pleno despliegue de la personalidad, creatividad y voluntad de aporte que necesitamos en el país.

Referencias bibliográficas

BERNALES, Enrique
1996 **La Constitución de 1993. Análisis comparado**. Lima: Konrad Adenauer-CIEDLA.

BARZEL, Yoram
1989 ***Economic Analysis of Property Rights***. Cambridge: Cambridge University Press.

COHEN, Morris
1933,1927 ***Law and the Social Order***. New York: Harcourt, Brace and

38 Véase al respecto los planteamientos en **Cuestión de Estado** de Sinesio López sobre el paso de siervos a ciudadanos en el Perú del siglo XX, las inquietudes de Catalina Romero respecto de la necesidad de incorporar al análisis el paso de señores a ciudadanos y la experiencia testimonial de Francisco Miró Quesada sobre este último punto.

Company. Las referencias son tomadas de una reproducción editada por Macpherson (1978).

CORTINA, Adela
1994 **Ética de la empresa**. Madrid: Trota.

IGUÍÑIZ, Javier
1993 "Constitución y derecho a la vida". **Páginas**. No. 120. Lima: mayo de 1993.

LÓPEZ, Sinesio
1997 "El itinerario de la ciudadanía". **Cuestión de Estado**. Revista del Instituto de Diálogo y Propuesta (IDS). No. 20, Lima: abril.

MACPHERSON, C.B. de.
1978 ***Property. Mainstream and Critical Positions***. Toronto: University of Toronto Press.

MIRÓ QUESADA, Francisco
(1997) "De señores a ciudadanos". **Cuestión de Estado**. No. 20, Lima: IDS, abril.

PIORE, Michael J.
1995 ***Beyond Individualism***. Cambridge: Harvard University Press.

REICH, Charles A.
1978 "*The New Property*". En: Macpherson, ***op.cit.***. Extracto de artículo en ***Yale Law Journal***, 73, 1964.

ROMERO, Catalina
1997 "La ciudadanía es siempre una tarea inacabada". **Cuestión de Estado**. No. 20, Lima: IDS, abril.

SMITH, Adam
1958 **Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones**. México: Fondo de Cultura Económica.

ZAMAGNI, Stefano
1994 "*Efficiency, Justice, Freedom or the Relationship between Market, Stat and Civil Society*" *Estratto da "Alma Mater Studiorum"* 1994, VII, 1. Università degli studi di Bologna

ZAMAGNI, Stefano
1995 "*La globalizzazione come specificità dell'economia post-industriale: implicazioni economiche e opzioni etiche*". En: Zamagni, Stefano *(ed..)* ***Globalizzare l'economia***. San Domenico di Fiesole: Edizioni Cultura della Pace (ECP).

WALRAS, León
1978 **Elementos de economía política pura (o teoría de la riqueza social)**. Madrid: Alianza

El Estado y la modernización de la administración de justicia en una economía de mercado

Carlos Ramón Noda Yamada

Introducción

En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la relación entre el Estado y la administración de justicia, su evolución en el Perú, y su posible modernización.

Planteamos en este ensayo un modelo de Estado basado en la eficiencia como alternativa u objetivo para lograr el progreso, el desarrollo, la justicia y la equidad reales, concretas y tal como son posibles en este mundo. Todo este modelo descansa en un frío y desapasionado análisis: el objetivo tiene que ser la eficiencia, y sólo la eficiencia. No pueden ser objetivos nociones ideales de justicia y equidad, pues seguirlas ya ha llevado al fracaso y a la pobreza a muchos pueblos latinoamericanos, entre ellos el Perú; esto no significa que dejemos de lado a la justicia y equidad como productos reales y concretos. La justicia y la equidad concretas se producirán como efecto o consecuencia de la eficiencia, y se producirán no en un nivel perfecto, sino, en la medida de lo posible en un mundo imperfecto y con recursos escasos como el nuestro.

Este modelo utiliza el enfoque económico del comportamiento humano, el análisis económico del Derecho, y todas las poderosas herramientas científicas y comprobables que pone a nuestra disposición la moderna ciencia económica. Creemos por sobre todo que el objetivo final de todo lo existente debe ser la eficiencia, y que todo problema puede ser juzgado y resuelto en base al criterio de eficiencia, estando subsumido todo otro concepto o idea dentro de este criterio.

Debemos advertir que este modelo no pretende ser una solución mágica y absoluta, ni pretende ser una imposición; solamente representa lo que creemos que debe ser el Estado. Esto es consecuente con la base material constituida por la libertad. Nuestro enfoque tiene como ejes centrales a la libertad y a la información para justificar la existencia del Estado según el criterio de eficiencia; veremos que un Estado eficiente es necesario para tener un mercado eficiente que permita la maximización racional de la utilidad de los individuos.

Este estudio está dividido en tres capítulos que van avanzando en el desarrollo del tema en distintos niveles. El primero es un planteamiento teórico sobre la administración de justicia y su relación con la totalidad del Estado desde el punto de vista del análisis económico del derecho. El resultado es nuestro modelo de Estado y administración de justicia en la economía de mercado.

El segundo es un análisis histórico de la problemática de la administración de justicia en el Perú, relacionada con la problemática total del Estado y la sociedad peruana desde su independencia del imperio español. El resultado es el descubrimiento de la corrupción generalizada de la sociedad peruana como responsable de la crisis del Estado y la administración de justicia. Una corrupción entendida no en la forma tradicional como la falta de valores morales, sino según el enfoque económico del comportamiento humano como una toma de decisiones inadecuadas e ineficientes debido a información escasa y errónea, es decir, la corrupción es el resultado de un intento de maximizar racionalmente la propia utilidad en función a una base de datos inadecuada - de una falsa apreciación de la realidad.

El tercero es un planteamiento de los objetivos, requisitos y modos de llevar a cabo una reforma integral de la administración de justicia y el Estado en una economía de mercado. Aquí se establece nuestro concepto particular de lo que es una economía de mercado, sus efectos liberadores, y el rol que deben cumplir el Estado y la Administración de justicia en esta nueva era.

1. El Individualismo y el rol del Estado

En el presente capítulo buscaremos establecer nociones básicas del análisis económico del Derecho, para aplicarlas a la construcción de

modelo de Estado y de administración de justicia basados en el postulado de eficiencia y en el individualismo metodológico.

1.1. Nociones preliminares

A nuestro entender existen dos maneras de abordar el problema del rol del Estado. La primera es asumir un criterio organicista, según el cual, la sociedad es tratada como si fuera un ente vivo con voluntad independiente, y el Estado es idealizado y tomado como una unidad política con voluntad independiente de los individuos que lo componen; esta es la forma como se ha enfocado al Estado la mayoría de las veces. La segunda forma de tratar este problema parte de un criterio individualista, según el cual, la sociedad y el Estado están formados por individuos, cada uno de los cuales busca su propio bienestar[1].

Nosotros nos decidimos claramente por la segunda vía, ya que la consideramos la más adecuada para lograr llegar a conclusiones y propuestas coherentes y que superen con éxito una confrontación con la realidad.

Rechazamos una visión organicista de la sociedad y del Estado porque asumirla o aceptarla significaría introducir nociones gaseosas y de muy difícil o imposible comprobación científica; estamos hablando de nociones como la "voluntad general" de la sociedad, independiente de la voluntad de los individuos, o que existe un "bien común" como verdad general y absoluta al que la sociedad está encaminada[2]. Para nosotros, lo único que existe es la voluntad de los individuos y un bienestar individual que cada individuo trata de maximizar.

El bienestar social será, para este enfoque, el bienestar de cada uno de los individuos que componen la sociedad; y las decisiones del Estado serán resultado, también, del comportamiento de los individuos que integran los centros de toma de decisiones[3]. La única realidad tangible es la existencia de individuos distintos entre sí, cada uno con su propia voluntad y con sus propios intereses –no son distintas preferencias, pues las preferencias son estables entre los individuos, como lo explicaremos más adelante.

1 James Buchanan y Gordon Tullock. *The Calculus of Consent.* p. 11-14.
2 *Loc.cit.*
3 Juan Torres López. **Análisis Económico del Derecho.** p.30.

Según el criterio individualista los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar –maximizar racionalmente su propia utilidad-, para lo cual su comportamiento es racional, entendiendo por racionalidad la elección consistente entre aquellas alternativas que le resultan mejores entre las que se encuentran a su disposición. Esta maximización racional no debe ser confundida nunca con un cálculo consciente ni con el egoísmo[4]; solamente se refiere, como lo hemos expresado, a una conformidad con un modelo consistente de elección racional, cualquiera que sea el estado de animo del individuo[5].

Como consecuencia del postulado individualista se deriva el principio de estabilidad de las preferencias de los individuos, según el cual, si las preferencias cambian, habría de entenderse que las elecciones previamente efectuadas carecen de consistencia generándose, de esta manera, una contradicción con el presupuesto de la conducta racional de los individuos. Los gustos o las preferencias son invariables, jamás cambian caprichosamente o difieren sorprendentemente entre los individuos[6]. Los precios y otros instrumentos de mercado asignan los recursos escasos dentro de cada sociedad –siempre que se hable de sociedad debe entenderse a la sociedad como conjunto de individuos-, poniendo limitaciones a los deseos de los participantes en ese mercado y coordinando sus acciones. Las preferencias estables no se refieren a los bienes y servicios del mercado, sino a los objetos subyacentes a la elección, que son producidos por cada consumidor utilizando los bienes y servicios del mercado, junto con su propio tiempo y otros factores. Estas preferencias subyacentes están definidas respecto de aspectos

4 Generalmente se dice que la Teoría de la Elección Pública es una teoría que predica que los individuos son egoístas maximizadores racionales de su utilidad. Esto es falso, la conciencia racional no significa egoísmo ni altruismo, incluso creo que la conciencia racional es la mejor defensa de la justicia, la equidad y la libertad concretas, como espero demostrarlo a lo largo de este ensayo.

5 Véase: Gary S. Becker. "*Irrational Behavior and Economic Theory*" p. 1. En ***Journal of Political Economy***. Vol 70, N° 1; Santos Pastor. "Una introducción al análisis económico del Derecho" p. 157-158. En **Hacienda Pública Española**, 1984; Richard A. Posner. ***Economic Analysis of Law***. 4ª.ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. P.3-4; Richard A. Posner. ***The Economics of Justice***. Cambridge: Harvard University Press, 1981. P.1; y Juan Torres López. *Op.cit.*, p.30-31.

6 Véase al respecto: George J. Stigler y Gary S. Becker. "*De Gustibus Non Est Disputandum*" p.76. En ***American Economic Review***. March 1977. Vol. 67 N° 2; y Juan Torres López. *Op.cit.*, p.32.

fundamentales de la vida, que no siempre guardan una relación estable con los bienes y servicios del mercado[7].

1.2. Intervención estatal y eficiencia

El enfoque económico individualista que hemos asumido supone la existencia de mercados que, con distinto grado de eficiencia, coordinan las acciones de los distintos agentes que participan en ellos, de forma que su comportamiento resulta mutuamente consistente. Nuestro enfoque tiene como factor fundamental la escasez, entendida como elemento permanente, por lo que la tarea de la Economía y del Derecho es ser, complementariamente, las ciencias de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas[8]. La escasez y la definición del hombre como maximizador racional de su utilidad nos llevan a la necesidad de analizar el criterio de eficiencia y su relación con la intervención estatal.

La eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma, en un sentido lato. En sentido estricto, nos estamos refiriendo al criterio u óptimo de eficiencia de Pareto, según el cual, una situación se ajusta a la eficiencia si no hay ningún cambio posible de esa situación que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro. En otras palabras, la eficiencia económica requiere que se escoja el conjunto de titularidades que llevaría a una distribución de recursos que no pueda ser perfeccionada, en el sentido que un cambio adicional no mejoraría la condición de aquellos que perdieron con la misma y permanecer aún en mejores condiciones que antes.

En la situación de equilibrio que representa el óptimo de Pareto, los bienes y factores productivos tienden a gravitar en torno a su mejor y más eficiente uso posible; y bajo estas hipótesis, el Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar más función de intervención. En este punto es preciso dejar en claro una idea: se trata de establecer que el

7 Gary S. Becker "El Enfoque Económico del Comportamiento Humano" p.20. En **Información Comercial Española.** N° 557 Enero 1980.

8 Sobre el tema véase: Gary S. Becker "El enfoque económico...". En *loc.cit.*; Douglass C. North. **Estructura y cambio en la historia económica.** P.18; y Richard A. Posner. ***Economic Analysis of Law.*** p.3.

concepto de eficiencia contiene una serie de valores humanos y morales concretos –no idealizados-, y que es parte de la noción común de justicia[9].

Para que pueda darse el óptimo de Pareto es requisito indispensable que los costes sociales que se derivan de todas y cada una de las actividades que se realizan en el mercado sean iguales a los beneficios sociales. Pigou demostró, sin embargo, que es muy probable que se dé una divergencia entre ambos; son los casos de las "diseconomías externas" o "externalidades" y que ponen de manifiesto la inconsistencia del mercado como instrumento exclusivo para alcanzar la eficiencia social. En este caso sería el Estado quien debería intervenir para corregir los fallos del mercado a través del mecanismo coercitivo del Derecho. Esta última afirmación merece ser analizada con cuidado y sirve para introducir el Teorema de Coase.

Ronald Coase propuso una idea básica del análisis económico en un artículo escrito en 1960[10]. Según el teorema de Coase, el Estado deberá intervenir si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención.

El Estado solamente deberá intervenir cuando los beneficios netos de su actuación sean mayores que los de su no intervención; es decir, cuando debido a los costes de transacción y a la presencia de externalidades, la solución eficiente no pueda alcanzarse sin la asignación de la titularidad del derecho por una norma jurídica emanada de él.

Estas afirmaciones anteriores tienen que ser tomadas en sentido estricto para constituir una adecuada base de información. No estamos apelando al conocido argumento de la regulación y de la protección de los individuos por el Estado. Esto no pasó jamás por nuestro pensamiento, pues la regulación excesiva y el proteccionismo son ineficientes

9 Sobre la eficiencia pueden verse: Alfredo Bullard. "¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?" p.94 En **Thémis** N° 21; Guido Calabresi. "*First Party, Third Party, and Producto Liability System: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?*" p.834 En ***Iowa Law Review***. Vol. 69 May 1984; Guido Calabresi y Douglas Melamed "Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral" p.66 En **Thémis** N°21; Santos Pastor. *Op.cit.*, p.158; A. Mitchell Polinsky . **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. p.19; Juan Torres López. *Op.cit.*, p.26.
Una discusión sobre el óptimo de Pareto puede revisarse en: Posner, Richard A. ***Economic Analysis of Law***. p.12-16.

10 Ver: Ronald Coase. *"The Problem of Social Cost"* En **Journal of Law and Economics**. Vol. 3 1960.

en extremo. El verdadero rol del Estado es garantizar la eficiencia del mercado, para lo cual debe apuntar él mismo a la eficiencia. Esto significa que el Estado solamente debe intervenir para reducir los costes de transacción y lograr la eficiencia del mercado y la asignación de los recursos a su mejor uso -como consecuencia del funcionamiento de ese mercado eficiente-. El libre y eficiente juego del mercado produce el bienestar de los individuos, no la regulación y la intervención estatal. El Estado solamente es un garante de la libertad y los derechos de cada individuo; estos derechos de los individuos asignados por las normas jurídicas son los mínimos necesarios según el Teorema de Coase. Jamás debe entenderse que el rol del Estado sea proteger, pues pensar esto sería contradictorio con la eficiencia y la defensa de la libertad.

1.3. ¿Qué es la administración de justicia?

Se puede decir que la administración de justicia es un equivalente a hablar de tribunales, jurisdicciones, o Poder Judicial. Según esto, la administración de justicia estaría compuesta por los órganos del Estado que aseguran la aplicación de las reglas de derecho establecidas por los gobernantes[11]. La administración de justicia sería portadora del poder jurisdiccional, es decir, del poder de definir el derecho.

Es aceptable hablar en esos términos de la administración de justicia, en realidad es opinión mayoritaria en la doctrina, salvo opiniones que, apuntando más al significado de las palabras, hacen una distinción entre "Administración de Justicia" como concepto vinculado a una subordinación de la función jurisdiccional al Poder Ejecutivo, y "Poder Judicial" como órgano independiente encargado de definir el derecho[12]. Para nuestro estudio, estas disquisiciones meramente teóricas no tienen ninguna relevancia.

Hemos dicho que entender a la administración de justicia como órgano del Estado que asegura la aplicación de las reglas de derecho establecidas por los gobernantes y portadora, por tanto, del poder jurisdiccional, es correcto. Pero hay mucho más en el fondo, hay una

11 Maurice Duverger. **Instituciones políticas y derecho constitucional.** 5a. de. Barcelona: Ariel, 1970 p.158.

12 Juan Montero Aroca y Manuel Ortells Ramos. **Derecho Jurisdiccional. Parte General.** Barcelona: Librería Bosch, 1987. p.45-52.

mejor manera de definir a la administración de justicia y denotar su verdadera naturaleza; podemos decir que la administración de justicia es esencialmente un servicio. Este servicio es prestado por el Estado a la comunidad mediante la solución de controversias para mantener la paz social y facilitar el desarrollo económico.

1.4. Funciones de la administración de justicia

Se ha hablado bastante acerca de la importancia y las funciones de la administración de justicia; por ejemplo, se ha dicho que en las democracias liberales, la administración de justicia asegura un control de los gobernantes a través del principio de legalidad y acaso a través del principio de constitucionalidad; es decir, estamos ante una función de control de los gobernantes por parte de la administración de justicia[13].

También se ha establecido como función clásica del Poder Judicial o administración de justicia, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, la declaración de existencia de un derecho cual es la tutela que una norma concede a un determinado interés, y la imposición mediante la fuerza coactiva de ese interés cuya tutela legalmente se ha declarado cierta[14].

Ambas funciones de la administración de justicia son válidas e importantes; es absolutamente claro que la administración de justicia tiene como función decir el derecho, es decir, ejercer la potestad jurisdiccional. También es cierto que es función de la administración de justicia el control de los reglamentos mediante el principio de legalidad, y de las leyes mediante el principio de constitucionalidad, para evitar la arbitrariedad de los gobernantes[15]. Pero esto no agota el tema de las funciones de la administración de justicia; la administración de justicia es una de las bases fundamentales de la sociedad organizada, y es necesaria para que predomine la legalidad, para que se proporcione a cada

13 Maurice Duverger. *Op.cit.* , p.167.

14 Esta función es recogida por varios procesalistas, entre ellos: Eduardo Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil.** p. 40; Montero Aroca..., *op.cit.*, p. 52-61; Ugo Rocco. **Tratado de derecho procesal civil.** p.53.

15 Esto es recogido también por la doctrina administrativa: Antonio Embid Irujo. "Potestad reglamentaria" p. 100 En **RVAP** nº 29. 1991; Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernandez. **Curso de derecho administrativo.** 2t. p.437; Ramón Parada. **Curso de derecho administrativo.** 3t. Madrid: Marcial Pons, 1995. p.19-23.

cual lo que le corresponde para que de esta manera no existan contiendas mayores y prevalezca lo que está arreglado a la ley y la razón. Reinando el principio del derecho. La función primordial de la administración de justicia, siguiendo este razonamiento, sería asegurar un adecuado funcionamiento del Estado, e indirectamente su estabilidad y consolidación, y a través de esto lograr un mercado eficiente y el desarrollo.

1.5. La función legitimadora de la administración de justicia

No podemos analizar las funciones y la importancia de la administración de justicia por sí sola, en forma aislada. Para lograr una explicación adecuada y coherente es necesario estudiar la función y justificación del Estado, y ver el papel que juega la administración de justicia en esta función como parte del Estado.

La eficiencia del Estado y la de la administración de justicia se alimentan recíprocamente en una relación todo-parte de la siguiente manera: si el Estado es eficiente entonces la administración de justicia, como parte del Estado deberá dar prioridad el valor eficiencia. Y a la inversa, si la administración de justicia, como parte del Estado, prioriza el valor eficiencia, entonces contribuirá a lograr la eficiencia de la totalidad del Estado en el que está incluida.

Hemos determinado hasta ahora que la eficiencia es indispensable para que el Estado y la administración de justicia logren su objetivo final: el desarrollo a través del funcionamiento de un mercado eficiente. En este momento pasaremos a explicar qué importancia tiene haber determinado esto.

Partamos del individuo. Los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar, el comportamiento de los individuos es racional en este sentido[16]. Según esto, los individuos siempre quieren mayores beneficios personales, pero la consecución de estos beneficios personales puede llevar a la aparición de costos sociales mayores que se configuren como externalidades, es decir, costos no asumidos por el agente productor[17]. Como cada individuo busca lograr mayores bene-

16 Santos Pastor. *Op.cit.*, p. 157-158.

17 Alfredo Bullard. "Un mundo sin propiedad" p. 132. En **Derecho**. Nº 45 Diciembre 1991. p.131-157.

ficios y como no asume los costos de sus acciones, entonces estos costos serán asumidos por la sociedad, es decir, por el resto de individuos; y así sucederá con cada individuo, lo que trae inseguridad, insatisfacción y finalmente conflicto. Estaríamos llegando a lo que Hobbes llama el estado de naturaleza, en el que los hombres luchan a muerte por conseguir lo que quieren[18]. Pero, como hemos dicho que los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar, pronto se darán cuenta de que la solución de un estado de naturaleza es ineficiente[19], los costos sociales claramente superan a los beneficios personales obtenidos, reina la inseguridad y la anarquía, nadie puede vivir en paz y no existe la legalidad. Los hombres deciden pasar a una organización más eficiente, en donde se internalicen las externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan racionalmente[20]. Es en este momento en que aparece el derecho como conjunto de reglas para lograr la internalización de externalidades y, junto con él, aparece el Estado, como ente garantizador del cumplimiento de ese conjunto de reglas. Así pues, la existencia del Estado es esencial para el crecimiento económico.

Vemos que el Estado existe para servir a los individuos y ayudarlos a conseguir la maximización de sus beneficios, es decir, para ayudarlos a ser eficientes. También sabemos que el Estado tiene un objetivo final que es permitir el funcionamiento de un mercado eficiente donde se logre el desarrollo, lo que justamente es lo mismo que conseguir la maximización del bienestar de su población. Comprobamos entonces que hay una identidad de objetivos del Estado y de los individuos, y que un Estado eficiente logrará la eficiencia de sus pobladores. Pero, ¿qué sucede si el Estado no es eficiente? En este punto empiezan los problemas. Debemos recordar que un Estado maximizador de los beneficios tiene tres características esenciales: Primero, el Estado intercambia un grupo de servicios denominados protección y justicia,

18 Thomas Hobbes. **Leviatán, o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil**. 2a. Ed. México: FCE, 1984. p.100-117, 137-141.

19 Entendiendo por eficiencia toda situación en que lo que puede mejorar alguien es más que lo que han de empeorar otras personas para ello. Véase: Santos Pastor, *op. cit.*, p. 158.

20 Alfredo Bullard. "Un mundo sin propiedad", p.158.

por rentas[21]. Esto es lo que denominamos la función garantizadora del derecho por parte del Estado. Segundo, el Estado intenta actuar como un monopolista discriminador para maximizar su renta, separando cada grupo de gobernados e ideando derechos de propiedad para cada uno de ellos. Tercero, el Estado está limitado por el coste de oportunidad de sus gobernados, ya que siempre existen rivales potenciales para ofrecer la misma clase de servicios[22].

Cuando el Estado es ineficiente, seguirá cobrando rentas y seguirá intentando maximizarlas, pero no brindará los servicios de protección y justicia, habrá dejado de cumplir su función garantizadora del derecho. La ausencia de la función garantizadora del Estado hace que los individuos vuelvan al estado de naturaleza, con el agravante de que ahora tenemos a un Estado que cobra a cambio de nada. A los individuos no les sirve de nada este Estado ineficiente, por el contrario, los perjudica, pues en vez de ser un agente promotor de seguridad jurídica crea inseguridad. Esta situación es a todas luces ineficiente y desligitima al Estado, hace entrar en juego la tercera característica del Estado: la limitación por el coste de oportunidad de sus gobernados. Según Hermann Heller, en cuanto se pierde la fe en la legitimidad de la existencia del Estado concreto o del Estado como institución, puede estimarse que ha llegado su fin, ya sea para el pueblo del Estado, ya para el correspondiente círculo de cultura, ya incluso para toda la humanidad. En este sentido el Estado vive de su justificación[23].

Los individuos pierden la fe en el Estado y van abandonándolo paulatinamente conforme toman conciencia que es un estorbo y no una solución. La falta de apoyo al Estado hace que este obtenga cada vez menores recursos para satisfacer sus necesidades y brindar los pocos servicios que aún da; para intentar llenar este vacío, el Estado aumenta las cargas sobre sus ciudadanos, quienes sienten rechazo hacia esta actitud y buscan escapar a ella en mayor número; la consecuencia es menores ingresos para el Estado, mayor ineficiencia, menores beneficios y mayor inseguridad. Todo este proceso se va autorreplicando hasta llegar a lo inevitable: el colapso del Estado[24].

21 Douglas North. *Op.cit.*, p. 38.

22 *Ibid.*, p. 39.

23 Hermann Heller. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, 1985. p.235.

24 Este razonamiento es utilizado, junto con otras variables, para explicar la crisis del

La administración de justicia, como parte del Estado, puede contribuir a lograr la eficiencia de la totalidad del Estado, pues es un elemento fundamental en el proceso de brindar los servicios de protección y justicia por parte del Estado, cumple por ello una función legitimadora del Estado, garantizando la consecución de los fines intermedios necesarios para llegar al objetivo final: el desarrollo en un mercado eficiente.

2. Problemática de la administración de justicia en el Perú.

En esta parte del trabajo trataremos de dar algunas aproximaciones sobre los principales problemas de la administración de justicia en el Perú y sobre sus causas fundamentales, a partir de un análisis histórico.

2.1. Identificación del problema principal de la administración de justicia en el Perú.

La administración de justicia en el Perú se encuentra en crisis, es ineficiente y no garantiza la propiedad privada y la riqueza, pues no da seguridad jurídica ya que sus fallos no son predecibles. A todas luces se puede ver que el problema principal de la administración de justicia en el Perú es la corrupción. La corrupción es fuente y consecuencia a la vez de la ineficiencia del Poder Judicial. Se podría decir que son problemas de la administración de justicia la lentitud de los procesos, la falta de predicibilidad de los fallos judiciales, y la falta de preparación de los jueces, entre otros. Pero todos estos problemas son secundarios y ceden el lugar principal a la corrupción, la cual puede explicarlos a todos y se alimenta de ellos a la vez. Esta corrupción no debe ser entendida en la forma tradicional como la realización de acciones moralmente malas, la moral es irrelevante para este enfoque; sino que debe ser entendida como el intento de maximizar racionalmente la utilidad individual en función a una base de información deficiente o errónea. La corrupción es una consecuencia de la falta de información adecuada para tomar decisiones eficientes; es un caso de confusión que no deja

Imperio Romano. Véase: Roger Remondon. **La crisis del Imperio Romano: de Marco Aurelio a Anastasio**. Barcelona: Labor, 1967.

tomar decisiones adecuadas y empuja a los individuos a tomar decisiones ineficientes.

2.2. Causas de la crisis en la administración de justicia

Para entender la crisis en la administración de justicia es necesario señalar como causa fundamental de ella que el propio hombre peruano se encuentra confundido debido a una información deficiente que le hace creer que ser corrupto es ser astuto y le permite maximizar sus beneficios, esto de acuerdo al principio de estabilidad de las preferencias es la explicación de la corrupción; la moral no tiene nada que ver, los individuos no son esencialmente buenos ni esencialmente malos, solamente son maximizadores racionales de su propia utilidad. Todo depende de la información disponible en el mercado para que los individuos tomen las decisiones adecuadas. Si los propios hombres no son capaces de distinguir qué cosa es realmente eficiente y conveniente para ellos y qué cosa es ineficiente -aunque no lo parezca a primera vista-, entonces ¿de dónde podrían salir los hombres honestos que necesita la administración de justicia? Con esto no estamos afirmando que la totalidad de individuos que componen la sociedad peruana son corruptos, sino que existe una gran cantidad que lo es en diversos grados. Además debemos recordar que los individuos son interesados y buscan maximizar sus beneficios; como esos individuos conocen que la administración de justicia está en crisis y es corrupta -pues esta información sí se encuentra disponible en abundancia en el mercado-, entonces la mayoría de individuos considerará que el costo personal -el estigma- es superior a los beneficios que obtendrán, y optarán por no integrar la administración de justicia. Esto sucederá con los individuos más capacitados; los individuos que consideran que los beneficios -de cualquier tipo- son superiores a los costos, optarán por ingresar a la administración de justicia. Así vemos que la falta de cuadros humanos es causa de la crisis en la administración de justicia, y en la mayor parte esta falta de cuadros humanos es causa de la crisis en la administración de justicia, y en la mayor parte esta falta de cuadros humanos es consecuencia de la misma corrupción de la administración de justicia y de la sociedad en general. Estamos en el círculo vicioso de la corrupción, en el que la corrupción de la administración de justicia es causa y consecuencia a la vez de la falta de material humano.

La crisis económica, la falta de acción o pasividad de la sociedad civil, la falta de voluntad política de consolidar la administración de justicia, la falta de seguridad personal para los magistrados, la falta de una infraestructura adecuada para el Poder Judicial, y la existencia de jueces sin vocación son también causas de la crisis en la administración de justicia; esto es indudable: la confusión conceptual del individuo peruano, y no del peruano actual sino del individuo peruano de siempre.

Todas las pequeñas causas secundarias mencionadas se van encadenando una tras otra para ir formando la causa fundamental. Veamos el proceso.

Existe crisis económica porque en la sociedad peruana han existido graves y profundas desigualdades -esto también es consecuencia de la falta de información, porque los individuos privilegiados suponían que las desigualdades eran la mejor manera de maximizar su propia utilidad, cosa falsa, pues la mejor manera de maximizar la utilidad es ampliar la torta de la riqueza al máximo posible. La crisis económica existe desde la época en que el Perú pertenecía al imperio español, esto es recogido por reconocidos historiadores[25], uno de los cuales incluso afirma que los habitantes del virreinato peruano, sobre todo los de Lima, se vanagloriaban absurdamente porque creían ser la joya de la Corona Española en América, cosa que no era cierta en absoluto[26]. Esta impresión fue recogida por testigos presenciales de la época que testifican la decadencia del virreinato peruano, entre ellos el comandante de la nave rusa Kamchatka, Vasilii M. Golovnin, quien llegó al Callao en 1818[27], y el inglés William Bennet Stevenson, quien vivió en territorio de la América del Sur española de 1804 a 1827[28].

La crisis económica nos acompaña a lo largo de toda la historia del Perú republicano: en el período post-independencia entre la plata y el

25 Véase: Timothy Anna. ***The fall of the royal government in Peru.*** Lincoln: University of Nebraska Press, 1990; Heraclio Bonilla y Karen Spalding. **La independencia en el Perú**; John R. Fisher. **Gobierno y sociedad en el Perú colonial. El régimen de las intendencias**; John Lynch. **Las revoluciones hispanoamericnas 1808-1826.**

26 Timothy Anna. *Op.cit.*, p.1-2.

27 *Ibid,* p. 2-3.

28 *Ibid*, p. 3

guano (1826-1850)[29], en el período del guano[30]. El siglo XIX se cierra con una gran tarea por cumplir, la reconstrucción nacional. La anarquía y la guerra civil durarán con intermitencias hasta 1895 cuando Nicolás de Piérola asciende al poder y se inaugura la "República Aristocrática". Esta tiene un Estado mejor asentado pero aún enfrenta la escasez y la crisis económica por lo que entra en decadencia y es cancelada[31]. El régimen de la Patria Nueva instaurado por Leguía intentó llevar a cabo una modernización del país, pero terminó siendo destruido por la crisis económica de 1929[32]. Los sucesivos gobiernos a partir de 1930 hasta 1990 fueron en su mayor parte administradores de la crisis económica peruana y fueron además herederos del aparato burocrático estatal dejado por Leguía, quien puede ser considerado el fundador del modelo de Estado que ha regido en el Perú desde 1920 hasta la década de 1990, con las modificaciones producidas en la década de 1970 por el gobierno militar, cuando se absolutizó torpemente al Estado[33].

La crisis económica siembra descontento entre los individuos, pues estos perciben que el Estado no les ayuda a maximizar sus beneficios -una información muy peligrosa-; el Estado va perdiendo legitimidad. El Estado sabe esto e intenta solucionar la crisis, pero se da cuenta de que no cuenta con los recursos necesarios para hacerlo. El remedio sería elevar la captación de recursos a través de mayores cargas para la

29 Véase: Paul Gootenberg. ***Between silver and guano. Commercial policy and the State in postindependence Peru.*** Princeton: Princeton University Press, 1991.

30 La crisis generada por el despilfarro y endeudamiento de la era del guano provocarán la falta de recursos del Estado peruano y su falta de capacidad defensiva, lo que lo llevará a la derrota y al colapso. Véase: Jorge Basadre. "Antecedentes de la Guerra con Chile". **En Historia del Perú.** Tomo VII. Ed. Juan Mejía Baca; Heraclio Bonilla. **Guano y burguesía en el Perú. Lima: IEP**; Carmen McEvoy. **Un proyecto nacional en el siglo XIX.**; Alfonso Quiroz. **La deuda defraudada**. Lima: INC.

31 Aunque no afronta graves crisis económicas como las del siglo XIX, la República Aristocrática no está libre de sufrir los embates de la crisis económica y de la escasez, sobre todo por las desigualdades sociales producidas por el sistema de dominación ineficiente que imperaba en la época. Véase: Manuel Burga y Alberto Flores Galindo. **Apogeo y crisis de la República Aristocrática.**; Julio Cotler. **Clases, Estado y Nación en el Perú.** 6a. de. Lima: IEP, 1992. p.119-184.

32 Julio Cotler. *Op. cit.*, p. 185-226.

33 Esta opinión sobre el gobierno de Leguía se encuentra con mayor detalle en: Baltazar Caravedo Molinari. **"Economía, producción y trabajo. (Perú, siglo XX)"** p.216-231. En **Historia del Perú.** Tomo VIII. Ed. Juan Mejía Baca.

población; esto es entrar a un juego peligroso, pues si el Estado no consigue solucionar la crisis, el descontento aumentará porque habrán aumentado los costos para los individuos y los beneficios serán los mismos o habrán disminuido. El Estado es un Estado ineficiente, y volverá a intentar solucionar la crisis de la misma manera, autorreplicando la crisis económica y perdiendo más legitimidad. Los individuos tratarán de eludir las cargas del Estado, éste las aumentará y presionará para conseguirlas por lo que se fomentará la corrupción. La corrupción estará presente en los individuos que intentan eludir las cargas para el sostenimiento del Estado a cualquier precio, y en los propios funcionarios del Estado que se prestarán a los deseos de la población a cambio de beneficios personales.

En el Perú, la corrupción y la crisis económica existen aún antes de que se fundara el Estado peruano independiente, según testimonios de la época, aun los virreyes más probos que llegaban al Perú con buenas intenciones, sucumbían al sistema, que todo lo penetraba, de sobornos, corrupción, influencia y mala administración por los que el Perú se había vuelto notorio a mediados del siglo XVIII[34].

La corrupción existente en el Perú ha sido una de las causas generadoras de la crisis económica en el Perú, si bien no es la única[35], y a la vez se agrava a causa de esa misma crisis: es el mecanismo de alimentación recíproca corrupción-crisis económica.

La administración de justicia en el Perú se ha visto afectada también por el vicio de la corrupción que afecta a nuestra sociedad, directamente y a través de la crisis económica que esta provoca. Al ser parte del Estado, la administración de justicia se ve perjudicada por la falta de recursos del Estado, siéndole negadas una mejor infraestructura y mejores incentivos económicos traducidos en buenos sueldos, lo que provocará que los mejores elementos de la sociedad se sientan ahuyentados de la administración de justicia. El estar privada de los mejores elementos de la sociedad hace que la administración de justicia no pueda actuar en forma eficiente, sus resoluciones no son predecibles en absoluto, no logra garantizar la propiedad privada ni la riqueza, y no cumple su función legitimadora del Estado, pues no ayuda a conseguir el desarrollo.

34 John R. Fisher. *Op.cit.*, p.22

35 Algunas causas de la crisis económica a fines del Perú colonial se encuentran en: Timothy Anna. *Op.cit.*, p. 1-25.

Como la administración de justicia en el Perú no cumple su función legitimadora del Estado, el Estado peruano se ve afectado por la ineficiencia de su Poder Judicial, y a su vez se vuelve más eficiente porque su sociedad civil trata de escapar a las cargas que impone, lo que genera mayor corrupción y más ineficiencia tanto para el Estado como para la administración de justicia. Este proceso de desestructuración estatal se produjo en el Perú y estuvo a punto de hacer colapsar al Estado peruano a fines de la década de 1980. El Estado peruano contaba con una administración de justicia tan ineficiente que generaba tanta corrupción de la que se alimentaba a su vez, como en un círculo vicioso, y no lograba cumplir su función legitimadora del Estado. El Estado peruano era cada vez más ineficiente como consecuencia de la ineficiencia de su administración de justicia y a la vez alimentaba esta ineficiencia de su administración de justicia. El Estado peruano y su administración de justicia, hacia fines de la década de 1980 iban camino al colapso y la desintegración como consecuencia de su propia corrupción que ellos mismos alimentaban[36].

3. Reforma de la administración de justicia en una economía de mercado

El modelo económico adoptado en el Perú de los '90 es el de una economía de mercado, por lo cual pasaremos a analizar cuáles son los objetivos del Estado según este modelo y cómo puede ayudar la administración de justicia a conseguirlos, y el modo de implantar esta reforma.

3.1. Objetivos del Estado en una economía de mercado: el papel que debe desempeñar la administración de justicia.

Nuestro modelo teórico del Estado en una economía de mercado nos indica que su objetivo final es lograr el desarrollo en un mercado efi-

36 Este proceso de desintegración se vio agravado por la presencia del fenómeno terrorista y la guerra interna. Ahora tenemos las dos variables para explicar la caída de un Estado: la ineficiencia de su propio aparato y la guerra. Este proceso de desintegración es analizado para el caso del Imperio Romano en: Roger Remondo. *Op.cit.*

ciente, o para decirlo de otro modo, el orden y el progreso. Objetivos intermedios del Estado son el promover la acumulación de riqueza de sus pobladores, asegurar la propiedad privada y brindar seguridad jurídica. Para ello se necesitan reglas claras y una aplicación eficiente de esas reglas a los casos concretos. Por ello, para que un Estado sea eficiente se requiere una administración de justicia eficiente. Y a la vez, para que se pueda llegar a una administración de justicia eficiente, es necesario que exista la voluntad política de conseguirla[37].

El Estado peruano se ha planteado como metas inmediatas el conseguir captar inversiones extranjeras para lograr la acumulación de riqueza y el desarrollo del país. Los inversionistas extranjeros, como todos los individuos, son interesados y buscan maximizar sus beneficios; por ello es esencial que el Estado les otorgue una adecuada protección y seguridad para sus inversiones, haciendo que los beneficios sean mayores a los costos, pues todos los individuos tienen aversión al riesgo, esto quiere decir que los inversionistas no tomarán en cuenta la magnitud racional del riesgo, sino que tenderán a exagerarlo, deformando los presupuestos de base mediante los cuales se orientan las decisiones económicas[38]. La falta de seguridad desalentará la llegada de inversiones, provocará la acentuación de la pobreza y hará imposible superar la crisis.

Para la atracción de inversiones extranjeras es necesario contar con un Estado eficiente, legítimo, y por ello consolidado, pues es el único que puede brindar los servicios de seguridad que piden los inversionistas. Asimismo, para conseguir este objetivo es necesario contar con una administración de justicia eficiente, pues es el instrumento que el Estado utilizará para garantizar el respeto cabal y oportuno de las reglas de juego del mercado, la libre competencia, y además, cumplirá la función legitimadora del Estado, lo que reforzará el clima de confianza de los inversionistas.

37 Esta voluntad política no sólo es necesaria para conseguir una administración de justicia eficiente sino para la consecución de reglas claras que permitan la propiedad privada absoluta, necesarias también para crear un clima atractivo para las inversiones y la acumulación de riqueza. Al respecto, véase el excelente análisis en: Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre. **Tratado de las obligaciones. Para leer el Código Civil.** Vol. XVI. Primera Parte. Tomo I. p.317-501.

38 Alfredo Bullard. "Un mundo sin propiedad", p.142-143.

3.2. Hacia una modernización de la administración de justicia

El beneficio de una reforma judicial no es el juez sino el ciudadano; el propósito de la reforma es facilitar a la administración de justicia un mejor servicio al ciudadano y a los agentes económicos en la sociedad. El principal obstáculo para este propósito, y uno de los principales obstáculos para el comercio, la inversión y el desarrollo, es la separación que existe en la mayoría de países en desarrollo entre la ley tal como se promulga y la forma en que la sociedad se conduce y la economía funciona en la vida real[39]. De todos los actores legales el juez es el único que no puede dejar de enfrentar esta contradicción.

3.2.1. El contexto legal.

Para iniciar una modernización de la administración de justicia es importante crear un adecuado marco legal para realizarla. Aparte de este necesario marco legal para reestructurar y afianzar a la propia administración de justicia, es necesario darle un adecuado marco legal acorde con los nuevos objetivos del país, es necesario contar con reglas claras y simples, que sean de real utilidad; no se deben crear instituciones que luego deberán ser desreguladas y que aumenten los costos del sistema o que aumenten la diferencia entre el derecho y la realidad[40].

Son necesarias reformas legales tanto en el nivel objetivo como sustantivo. A nivel objetivo se encuentra la búsqueda de eficiencia y simplificación de los procesos judiciales y la dación de normas para la selección y mantenimiento de personal honesto y eficiente para la administración de justicia. En el nivel sustantivo se encuentra la modificación del marco legal en el que se mueve el país para adecuarlo a los nuevos objetivos del Estado en una economía de mercado.

39 Sobre el tradicional divorcio entre el derecho y la realidad en el Perú, véase: William Griffiths Rivero. **Los hechos y los textos en el derecho político peruano**. 1970. Tesis de bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1970.

40 Sobre la desregulación y la reconciliación del derecho con la realidad, véase: Hernando de Soto. **El Otro Sendero. La Revolución informal**. Bogotá: ILD, 1989. p.307.

3.2.2. La administración del sistema

a. Administración del sector:

En esta área es necesario determinar racionalmente la distribución territorial y por materias del Poder Judicial, es decir, se debe determinar el número de tribunales y de jueces de acuerdo a la población y al número de casos.

b. Cuestiones de personal:

Dentro de estas cuestiones resaltan como prioridades la selección y nombramiento de jueces y de auxiliares de justicia. Esta es la parte más delicada de la reforma, pues es necesario captar a los mejores elementos de la sociedad para lograr una mejora real; es necesaria toda una reingeniería humana. Para hacerlo es necesario dar incentivos económicos adecuados y señales claras de voluntad de reforma integral, para que los beneficios de pertenecer a la administración de justicia sean superiores a los costos y los mejores elementos de la sociedad ingresen al servicio.

c. Relaciones de los jueces:

En las relaciones de los jueces con los demás poderes del Estado y con otras instancias al interior del mismo poder judicial debe primar el principio de la independencia judicial[41]. Esta independencia es necesaria para que el juez pueda decidir honestamente y sin presiones; es necesaria para garantizar honestidad y eficiencia, partiendo del supuesto de que contamos con los individuos más calificados en la administración de justicia. Los jueces deben ser inmunes a cualquier tipo de presión, ya sea del interior del Estado o del exterior, con lo cual nos referimos a la influencia de la prensa y la actitud de los litigantes.

---

41 Alberto M. Binder. **Introducción al Derecho Procesal Penal.** Bs. Aires: Ad Hoc, 1993. p.145-146.

d. Administración de los casos:

La designación de los casos debe realizarse de una manera totalmente aleatoria para reducir al mínimo las posibilidades de corrupción y arreglos entre abogados y jueces. El juez debe ser quien dirija efectivamente el proceso, para esto es necesario reducir la carga de casos que soporta; es muy importante que sea el mismo juez quien redacte la sentencia, pues sino estaríamos ante la violación de la garantía del juicio previo en materia penal, y del debido proceso en general[42].

3.2.3. El costo económico de la justicia.

Es importante establecer un porcentaje adecuado y suficiente del presupuesto nacional para el Poder Judicial, sino será imposible llevar a cabo una reforma integral de la administración de justicia. La eficiencia de la administración de justicia puede ser causa y consecuencia a la vez de la asignación de recursos adecuados por parte del Estado.

Los litigantes deben asumir su parte en el costo económico de la justicia; pero solamente deben asumir los costos establecidos en la ley, y deben obtener por ello un servicio eficiente, es decir, fallos justos y predecibles. Es necesario acabar con los costos ocultos del sistema derivados de la corrupción de la administración de justicia para legitimar el sistema.

Una administración de justicia eficiente no generará costos indirectos para la sociedad, en cambio, uno ineficiente sí los generará bajo la forma de atraso y empobrecimiento: el resultado final es la deslegitimación del Estado y la entrada en el círculo vicioso de la corrupción y la pobreza.

3.2.4. Métodos de solución alternativas de controversias

El Estado debe dar normas que permitan crear un marco de incentivos que haga que los individuos se comporten de modo eficiente, que haga máximo el bienestar social; esto es crucial para cualquier sociedad[43].

42 Alberto M. Binder. *Op.cit.*, p.117-118.

43 Santos Pastor. *Op.cit.*, p.156-157.

La redistribución a través de normas legales tiene el inconveniente de que en numerosas ocasiones sus efectos distributivos buscados apenas pueden llevarse a cabo, y en otros casos en que sí puede tener consecuencias distributivas sustanciales, su efectividad se ve limitada porque es menos preciso y sistemático que otros medios alternativos[44].

Si existen medios alternativos más precisos que la administración de justicia estatal el Estado, haciendo primar el valor eficiencia, debe permitir su uso a los particulares[45]. En este caso es posible aplicar el Teorema de Coase, según el cual, el Estado deberá intervenir si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención. Los particulares podrían llegar a acordar una solución eficiente ante efectos externos mediante la negociación, con lo cual la intervención del Estado puede carecer de sentido.

3.3. ¿Todo o nada u objetivos parciales?

Sabemos que el objetivo del Estado es permitir el funcionamiento de un mercado eficiente para lograr el desarrollo. Ya en el pasado se había intentado lograr el desarrollo, pero siempre se fracasó debido a la confusión de conceptos que imperaba y que no permitía definir el rol del Estado ni los medios de lograr estos objetivos.

Hoy día la economía de mercado adoptada como modelo por el Estado ha permitido lograr una claridad conceptual jamás vista en la historia del Perú. Parafraseando a Kant, nos atrevemos a decir que la economía de mercado es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse de ella sin la tutela de otro. ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la economía de mercado[46].

---

44 *Ibid.*, p.160.

45 Al respecto es importante el paso adelante que significa la nueva ley de arbitraje, que permite la efectivización en la práctica de este medio alternativo y lo deja listo para ser utilizado por los particulares. Véase: Ley 26572. Normas Legales. **El Peruano**. 5 de enero 1996. P. 136635-136650.

46 Kant define en estos términos a la Ilustración, nosotros adaptamos su discurso a nuestra época. Véase: Immanuel Kant. **Filosofía de la historia**. México: FCE, 1979. p.25.

Hemos establecido que un Estado ineficiente es causa y consecuencia a la vez de la corrupción, y que es un Estado deslegitimado. Para paliar esto, en el Perú, el Estado buscó convertirse en una suerte de padre o protector de los individuos, generando con ello mayor ineficiencia y corrupción; los individuos a su vez trataban de maximizar sus beneficios personales obteniendo lo que podían de ese Estado paternalista, sin importarles el medio, pues ellos no sentían ningún respeto hacia ese Estado deslegitimado y en vías de extinción. La oscuridad conceptual no dejaba ver ni a los individuos ni al Estado lo crítico de la situación y el perjuicio que acarreaba para ambos; para el Estado porque implicaba su desaparición, y para los individuos porque suponía la vuelta al estado de naturaleza. La economía de mercado ha venido a establecer estos conceptos claros, liberando a los hombres y al Estado de sus errores, y haciendo ver que el rol del Estado es el de agente de seguridad y protección jurídica, de garantizador del orden y el progreso, a través de la acumulación de riqueza realizada por los particulares en el mercado y no por él directamente.

En este contexto, la razón nos indica que estamos en un momento en que sólo cabe el todo o nada, y que cualquier objetivo parcial será igual a no haber logrado nada. Es necesario arriesgarse a reformar y modernizar integralmente a la administración de justicia para adecuarla al nuevo momento histórico que vive el Perú, y no sólo la administración de justicia, sino modernizar la totalidad del Estado, pues ambas reformas se implican una a otra y no son posibles la una sin la otra. Así como hemos visto que la corrupción y la crisis se autorreplican y se alimentan mutuamente, también la reforma y la eficiencia de la administración de justicia y del Estado se autorreplican y alimentan mutuamente. Es necesario que el Estado siga la enseñanza de la economía de mercado y se libere de su culpable incapacidad, llegando a la eficiencia total, y por tanto al desarrollo del Perú.

Conclusiones

1. La administración de justicia es esencialmente un servicio. Este servicio es prestado por el Estado a la comunidad mediante la solución de controversias, para mantener la paz social y facilitar el desarrollo económico.

2. La eficiencia del Estado y la de la administración de justicia se alimentan recíprocamente en una relación todo-parte.

3. La administración de justicia cumple una función legitimadora del Estado.

4. El problema principal de la administración de justicia es la corrupción -como una suerte de confusión debido a información deficiente, de acuerdo al principio de estabilidad de las preferencias-, la cual es fuente y consecuencia a la vez de la ineficiencia y la crisis del Poder Judicial.

5. La crisis económica ha existido a lo largo de toda la historia del Perú, al igual que la corrupción. La corrupción y la crisis económica se alimentan mutuamente.

6. El beneficiario de una reforma judicial no es el juez sino el ciudadano.

7. La cuestión de selección de personal es vital para una real modernización de la administración de justicia; es necesaria una reingeniería humana. Esto está ligado a la propia eficiencia del sistema que se autorreproducirá y redundará en mayores beneficios que costos para sus integrantes.

8. Si existen medios alternativos más precisos y sistemáticos que el servicio estatal, se debe impulsar su uso haciendo primar el valor eficiencia.

9. En materia de modernización del Estado y de la administración de justicia sólo cabe el todo o nada. Cualquier objetivo parcial sería un fracaso.

Bibliografía

ANNA, Timothy.
1990 ***The fall of the royal government in Peru.*** Lincoln: University of Nebraska Press, 1990. 238p.

BASADRE, Jorge.
"Antecedentes de la Guerra con Chile". En **Historia del Perú**. Ed. Juan Mejía Baca. Vol. 7.

BECKER, Gary S.
1980 "El Enfoque Económico del Comportamiento Humano". En **Información Comercial Española**. Nº 557 Enero 1980.

BECKER, Gary S.
1962 "*Irrational Behavior and Economic Theory*". En ***Journal of Political Economy***. Vol. 70 Nº 1. 1962.

BINDER, Alberto M.
1993 **Introducción al derecho procesal penal**. Bs. Aires: Ad Hoc.

BONILLA, Heraclio.
1974 **Guano y burguesía en el Perú.** Lima: IEP, 1974. 171p.

BONILLA, Heraclio y Karen SPALDING.
La independencia en el Perú. Lima: IEP.

BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK.
1965 ***The Calculus of Consent***. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1965. 361p.

BULLARD, Alfredo.
"¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?" En **Thémis**. Lima. Nº 21.

BULLARD, Alfredo.
1991 "Un mundo sin propiedad". En **Derecho**. Nº 45. Diciembre 1991. P.131-157.

BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO.
1984 **Apogeo y crisis de la República Aristocrática**. Ediciones Rickhay Perú, Lima.

CALABRESI, Guido.
1984 "*First Party, Third Party, and Product Liability System: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?*" En ***Iowa Law Review***. Vol. 69 (Mayo 1984).

CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED.
"Reglas de la Propiedad, de la responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral". En **Thémis**. Lima. N° 21.

CARAVEDO MOLINARI, Baltazar.
"Economía, producción y trabajo (Perú, siglo XX)". En **Historia del Perú**. Ed. Juan Mejía Baca. V.8.

CARRE DE Malberg.
1948 **Teoría General del Estado.** México: FCE, 1948.

COASE, Ronald.
1960 "*The Problem of Social Cost*". En ***Journal of Law and Economics.*** Chicago. Vol. 3. 1960.

COTLER, Julio.
1992 **Clases, Estado y Nación en el Perú.** 6a de. Lima: IEP, 407p.

COUTURE, Eduardo.
1948 **Fundamentos del Derecho procesal civil.** Bs. Aires: Depalma.

DEL VECCHIO, Giorgio.
Teoría del Estado.

DUVERGER, Maurice.
1970 **Instituciones políticas y derecho constitucional.** 5a. ed. Barcelona: Ariel, 639p.

EMBID Irujo, Antonio.
1991 "Potestad Reglamentaria" En **R.V.A.P.** N° 29.

FISHER, John R.
1981 **Gobierno y sociedad en el Perú colonial. El Régimen de las intendencias.** Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 280p.

García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández.
Curso de Derecho Administrativo. 2v.

Gootenberg, Paul.
1991 ***Between silver and guano. Commercial Policy and the State in postindependence Peru.*** Princeton: Princeton University Press, 158 p.

Griffiths Rivero, William.
1970 **Los hechos y los textos en el derecho político peruano.** Tesis de bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Heller, Hernann.
1985 **Teoría del Estado**. México: FCE.

Hobbes, Thomas.
1984 **Leviatán, o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil**. 2a. De. México: FCE.

Kant, Immanuel.
1979 **Filosofía de la historia**. México: FCE.

Ley Nº 26572.
1996 "Normas Legales". **El Peruano**. 5 de enero.

Lynch, John.
1989 **Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826.** 5a. De. Barcelona: Ariel, 382p.

McEvoy, Carmen.
1994 **Un proyecto nacional en el siglo XIX. Manuel Pardo y su visión del Perú**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 354p.

Montero Aroca, Juan y Manuel Ortells Ramos.
1987 **Derecho Jurisdiccional. Parte General**. Barcelona: Librería Bosch.

NORTH, Douglas.
1981 **Estructura y cambio en la historia económica**. Madrid: Alianza Editorial.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.
1994 **Tratado de las obligaciones**. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol. XVI. Primera Parte. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7v.

OSZLAK, Oscar.
1994 "Formación histórica del Estado en América Latina". En Blancas, Carlos, Landa, César y Marcial Rubio. **Derecho Constitucional General**. 4a. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2v.

PARADA, Ramón.
1995 **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 3v.

PASTOR, Santos.
1984 "Una introducción al análisis económico del Derecho". En **Hacienda Pública Española**. Nº 89. P.153-177.

POSNER, Richard A.
1992 ***Economic Analysis of Law***. 4a.ed. Boston: Little, Brown and Company.

POSNER, Richard A.
1981 ***The Economics of Justice***. Cambridge: Harvard University Press.

QUIROZ, Alfonso.
1987 **La deuda defraudada**. Lima: INC, 219p.

REMONDON, Roger.
1967 **La crisis del Imperio Romano: de Marco Aurelio a Anastasio**. Barcelona: Labor.

ROCCO, Ugo.
Tratado de derecho procesal civil.

SOTO, Hernando de.
1989 **El Otro Sendero. La revolución informal.** Bogotá: ILD, 317p.

STIGLER, George J. y GARY S.BECKER.
1977 "*De Gustibus Non Est Disputandum*". En ***American Economic Review***. Vol. 67 N° 2 (marzo).

TORRES LÓPEZ, Juan.
1987 **Análisis Económico del Derecho.** Madrid: Tecnos.

Pobreza, consumo y defensa del consumidor

Ismael Núñez Sáenz

Introducción

En la actualidad, el Derecho debe afrontar dos grandes problemas frente al reto de ser un instrumento de cambio social en una realidad cambiante.

El primero de ellos es la Estática (relativa) -entendida como resistencia al cambio- que presenta y le es propia, frente a la dinámica social, ajena a "formalismos" y que no espera los cambios que el Derecho pueda sufrir en su intento de acompañarla.

El segundo problema es el "repliegue forzado" a que es sometido por teorías económicas (nada novedosas) que pretenden que sea el mercado quien solucione cuanto problema social exista.

El estatismo del Derecho puede encontrar solución si hallamos la forma de inyectarle dinámica; obviamente ella no puede fundamentarse en la simple producción y sobreproducción normativa, en un "dinamismo formal" que en si es un concepto contradictorio, creemos que en todo caso el Derecho debe encontrar esta dinámica en la renovada lectura e interpretación de sus normas.

La interpretación de una norma desde la realidad, permite ampliar los horizontes y alcances de la misma. Un enfoque diferente de un mismo problema, puede generar a partir de una norma pre-existente ya no una sino dos, tres o más soluciones, sin necesidad de modificarla.

Por otro lado el "repliegue forzado" del Derecho, fundamentado en el liberalismo económico es más una cuestión principista. Ciertamente, no se puede cerrar los ojos ante una realidad que básicamente se mueve por las fuerzas económicas de la oferta y la demanda, ni dejar de

percibir las consecuencias que ello traerá a la postre -sino desde ya- al Derecho.

Sin embargo también es cierto que en tanto los mercados sean incapaces de funcionar adecuadamente, no podrán aportar soluciones apropiadas a los problemas que se presenten, y en esa medida el Derecho tendrá aún mucho que hacer.

La defensa del consumidor y la problemática de los productos denominados "basura" pueden ser leídas desde cualquiera de las dificultades que afronta el Derecho de nuestros días. No sólo existe una "retirada" del Derecho ante la realidad del consumo en un país pobre, sino que existe a la par el reto constante de recrear -desde la defensa del consumidor- una solución adecuada.

El presente ensayo aborda esta temática desde ambos vértices, convencidos que no es el mercado el llamado a dar "las soluciones" por estar inhabilitado para ello (como se verá) sino que es el Derecho el responsable de hacerlo. Esta tarea será cumplida eficazmente siempre y cuando la defensa del consumidor sea enfocada, no solamente desde el punto de vista económico-liberal que ve en nuestra economía un mercado que funciona a la perfección, sino además desde un punto de vista sociológico, que ve en la pobreza una problemática pre-existente, que cuestiona constantemente los fundamentos del mercado.

Por ello pobreza, consumo y defensa del consumidor serán los puntos de partida de un análisis que pretende aportar al derecho en la medida que éste decida responder a nuestra realidad.

1. Teoría y realidad

1.1. El consumo basura: una constatación fáctica[1].

No es necesario enumerar la cantidad de productos de baja y pésima calidad que nuestra economía produce, en los hechos nadie es ajeno al

1 El consumo basura supone la existencia de "productos basura". A lo largo del presente ensayo, al referirnos a productos basura, aludiremos a aquellos productos de baja y pésima calidad siempre que no vaya asociada a un signo distintivo añadido al producto, de manera ilegítima (producto bamba). La distinción es poco técnica pero válida, los productos bamba atentan contra derechos de propiedad (signos distintivos), los productos basura no, lo que nos exime de analizar éstos desde un punto de vista real. Si no hiciésemos la diferencia, tendría-

consumo de algún tipo de producto basura, sin embargo es significativo que en los sectores más deprimidos de la población, este tipo de bienes inferiores se conviertan en bienes normales[2]. Obviamente es insoportable que existan personas que consuman carne descompuesta sin saberlo, o que coman cartón en vez de hamburguesas.

No obstante ello, más que un problema ético que podamos solucionar con algún imperativo categórico, responde a una realidad económica clara: la pobreza de nuestros consumidores.

Es para esta realidad pobre, que se han esgrimido algunos argumentos a saber, que pretenden explicar y justificar al final, la existencia de productos de pésima calidad.

1.2. ¿Cómo se explica el consumo de productos basura?[3]

En primer lugar, se argumenta que nuestra economía es de **libre mercado** y que para ser consistente con ella, el Estado debe abstenerse de controlarla y dejar que sea la "mano invisible" de la economía, quien corrija las imperfecciones del mercado.

Por otra parte, reforzando este argumento, se dice que la existencia de los "productos basura" y sus consecuencias (léase externalidades) pueden ser internalizadas por los consumidores ya que finalmente ellos son "racionales" en sus decisiones de consumo al realizar un análisis costo-beneficio en cada decisión. Los consumidores pobres no serían la excepción al supuesto de racionalidad pues ellos, sobre todo, maximizan la utilidad de cada sol que ganan.

Finalmente se afirma que si el Estado interviniese el mercado de estos productos para "controlar calidad" se generarían externalidades (sobrecostos) que difícilmente podría asumir el consumidor pobre, al

---

mos que incorporar este análisis excediendo por seguro el límite de extensión permitido para este tipo de trabajos. Ello nos alivia por ahora, pero no nos releva de abordar en un futuro la problemática de los productos bamba.

2 Un bien normal es aquel cuya cantidad demandada a cada uno de los precios aumenta cuando aumenta la renta. Un bien inferior es aquel cuya cantidad demandada disminuye cuando aumenta la renta.

3 Aquí exponemos en forma resumida lo que creemos son los argumentos centrales de la propuesta liberal en estos temas, expuestos por el Dr. Alfredo Bullard González en su artículo "¡lo que no mata engorda¡, los productos basura y los perjuicios y prejuicios de la protección al consumidor en un país pobre"; aparecido en la revista *Ius et Veritas* N° 12 Lima, 1996 pp. 103-113.

que precisamente queremos proteger con dicho control. En síntesis el efecto sería contraproducente.

En qué medida estos argumentos son válidos en una realidad pobre como la peruana es lo que a continuación analizaremos.

2. Consumo: una visión desde la pobreza.

Creemos que toda la argumentación que trata de explicar la existencia y futura persistencia de los "productos basura" tiene como punto de partida la idea de un mercado que cumple con los presupuestos básicos para viabilizar una economía absolutamente liberal, sin embargo ello no es así.

Nuestra tesis (a demostrar) es que en el sector de pobreza, pero sobre todo de pobreza extrema de nuestra economía, más de un presupuesto del mercado no se cumple; si ello es así no podría liberalizarse sin más, la producción de bienes y servicios en este sector de la economía, por el contrario, habría que corregir las imperfecciones en los presupuestos del mercado y ello implica como sabemos, intervención directa o indirecta del Estado pues es él quien plantea el marco normativo e institucional, "las reglas de juego básicas" para el desarrollo de una economía libre[4].

2.1. La pobreza en el Perú[5].

Antes de analizar las implicancias económicas y legales de la pobreza a propósito de la defensa del consumidor es necesario establecer algunas cuestiones previas. En primer lugar, ¿quiénes pueden ser considerados

4 Como sostiene Douglass North. En **Preguntas a Douglass North. Documento de trabajo basado en extractos de libro: Instituciones, Cambio Institucional, y Desempeño Económico.** Editado por el Fondo de Cultura Económica. Preparado para la visita del profesor Douglass North al Perú. Lima, Junio de 1995.

5 Los datos que se mencionarán a continuación se han obtenido de la Encuesta Nacional sobre Medición de Niveles de Vida (ENNIV 94) que se realizará entre mayo y setiembre de 1994. La ENNIV 94 fue ejecutada por Cuánto S.A. con el auspicio del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Los primeros resultados de la encuesta aparecieron en la Revista Cuánto, actualmente se cuenta con una publicación hecha por el Instituto Cuánto y UNICEF bajo el título: **Retrato de la Familia Peruana, niveles de vida**, 1994. 2 tomos. Lima. Editorial Navarrete, 1996.

pobres? Para la ENNIV 94 son pobres las personas cuyo gasto total no cubre el costo de una canasta básica de consumo de alimentos y otros bienes y servicios. Ahora bien, dentro de la categoría de pobres existe otra, de pobres extremos, referida a aquellas personas cuya alimentación no satisface ni siquiera los requerimientos mínimos nutricionales[6].

En segundo lugar, ¿Cuántos son los pobres en el Perú? Aunque parezca increíble, la mitad de la población peruana es decir 11.5 millones de personas aproximadamente, se encuentran viviendo en situación de pobreza. Según los cálculos realizados para el año 1994 la proporción de pobres equivale al 49.6% de la población total del país. Asimismo, se estimó que la población que vive en pobreza extrema representa alrededor de 4,7 millones, lo que quiere decir que 1 de cada 5 personas, padece de hambre en el Perú[7].

Revisadas estas dramáticas estadísticas queda analizar en qué medida esta situación de pobreza cuestiona ciertos presupuestos del mercado. Como sabemos son presupuestos básicos: la existencia de individuos racionales; la inexistencia de externalidades generadas por la contratación; información de mercado suficiente; inexistencia de monopolios u oligopolios y un sistema contractual viable en términos de costos.

La problemática de la pobreza, cuestiona directamente los dos primeros presupuestos: La racionalidad del consumidor y la necesaria ausencia de externalidades contractuales. Un tercer presupuesto en cuestión y a analizar es la información en el mercado de productos basura, pero cabe resaltar que si bien la escasez de información tiene alguna incidencia sobre la pobreza de nuestros consumidores, en última instancia trasciende su problemática.

2.2. La racionalidad del consumidor

¿Qué consumidor es más racional, aquel náufrago que decide comer su zapato por hambre; el mendigo que come basura por idénticas razones o el consumidor que decide no comprar más un producto y dirigir su preferencia hacia otro, porque el primero no le satisface?

Intuitivamente podríamos afirmar que todos son racionales en la medida que realizan comportamientos maximizadores y optan por la

6 **Retrato de la Familia Peruana, niveles de vida**, 1994, Tomo I p. 28.
7 *Ibid* p. 29.

alternativa que les produce un mayor beneficio[8]. Sin embargo, sabemos que tanto el náufrago como el mendigo se mueven en un mundo de "dos" alternativas: morir de hambre o comer zapatos o basura respectivamente por lo que podríamos afirmar válidamente que en realidad no tienen alternativas. Más, si todos los personajes de nuestro ejemplo son sujetos económicos maximizadores capaces de decidir lo mejor para cada uno no se entiende bien, por que la propuesta de liberalizar el mercado de "productos basura" encuentra resistencia, pues ¿finalmente no es el consumidor quien mejor decide, pues conoce sus preferencias y presupuesto? ¿Por qué entonces verlo como un "tonto" incapaz de decidir?[9]

Creemos que el problema de la propuesta liberal y de la aparente consistencia de sus argumentos reside en esto último, en asimilar el concepto de **"consumidor racional"** al de **"individuo racional"**[10], inteligente, con capacidad de discernimiento y oponerlo al de **"consumidor tonto"**.

En principio el símil es correcto pero no absoluto, en virtud de ello es necesario afinar el concepto de "consumidor racional" y llevarlo un poco más allá de la concepción de individuo racional (sujeto económico) que si bien le sirve de base no gráfica su real complejidad. La noción de **consumidor racional** es más técnica que la de individuo racional. Para la teoría económica, consumidor racional será un tipo específico de individuo racional; aquel que pueda maximizar su utilidad en función de una canasta elegida (con lo que se llega al óptimo del consumidor), elección que supone a su vez, la existencia de un conjunto ordenado de preferencias[11].

Hace tiempo la autorizada opinión de Gary Becker sostuvo que cuando no existe opción, no existen tampoco problemas de elección[12]. Esto es precisamente lo que sucede en la economía de gran parte de

8 De acuerdo a la noción que el Análisis Económico del Derecho maneja de "**Conducta racional**". Torres López, **Análisis económico del Derecho**, Madrid, Tecnos S.A. 1987. pp. 30-31.

9 Alfredo Bullard G. "¡Lo que no mata engorda¡" *op. cit.* p. 105.

10 Que en sí es un presupuesto del Análisis Económico. Torres López, *op. cit.* p. 31.

11 Gary S. Becker. **Teoría Económica**, México, Fondo de Cultura Económica, 1977 p. 41; Amalia Cuba Salerno, **Pobreza Urbana; una visión desde el consumo**. Lima, FOMCIENCIAS, 1991 p. 9; C. Ferguson, **Teoría Microeconómica**. México, Fondo de Cultura Económica. 1973.

12 Gary S. Becker. *Op. cit.* p. 11.

nuestros consumidores: su situación de pobreza y niveles bajísimos de ingreso los condenan en la práctica a aceptar lo que sea para subsistir.

Le ENNIV 94 revela que del total de hogares del país, el 10% tiene un nivel de ingresos promedio, 13 veces superior al obtenido por el 10% de hogares más pobres, además se comprobó que el ingreso promedio de los hogares de las ciudades es aproximadamente el doble del obtenido por los hogares del campo[13]. Por otra parte, tanto en Lima Metropolitana como en las demás capitales de departamento, desde abril de 1994 a agosto de 1996, la remuneración mínima vital mensual se mantuvo tan sólo en S/. 132.00[14], y aunque es cierto que en los hogares del Perú los ingresos provenientes del trabajo dependiente representan el 27.5% del total de sus fuentes[15], ello no quiere decir que la situación de los hogares pobres y pobres extremos (dedicados básicamente a la actividad independiente) sea mejor. Ello se puede apreciar en los siguientes gráficos.

GASTO PROMEDIO PER CÁPITA MENSUAL POR HOGAR SEGÚN ÁREAS GEOGRÁFICA 1994

(Nuevos Soles de diciembre de 1994 a precios de Lima Metropolitana)

	Total de la población	Pobres		No pobres
		Extremos	Total	
Promedio Nacional	183	53	86	277
Lima Metropolitana	241	62	111	323
Costa Urbana (*)	204	61	99	302
Costa Rural	133	56	81	235
Sierra Urbana	203	56	95	280
Sierra Rural	107	52	66	193
Selva Urbana	152	45	65	204
Selva Rural	73	39	50	129

(*) No incluye Lima Metropolitana

Nota: Los valores monetarios de junio de 1994 obtenidos en la ENNIV han sido ajustados con la inflación a precios de diciembre de 1994.

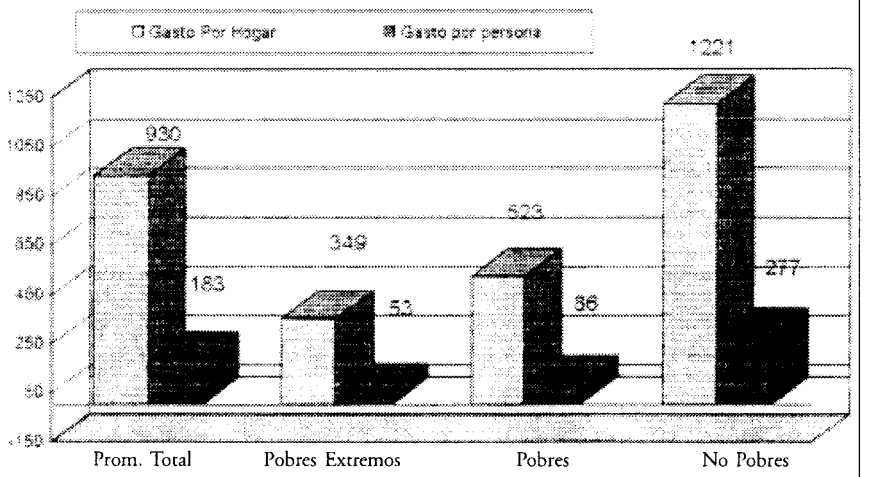
Fuente: Cuánto S.A. ENNIV (En Cuánto: Enero 1995, p. 6)

13 "Encuesta. Hogares Peruanos: Examen de Ingreso". En **Revista Cuánto**. Lima, julio-agosto 1996, p. 4.

14 **Perú: Compendio Estadístico 1995-1996**. Lima INEI. Agosto 1996 pp. 379-380.

15 Otras fuentes son: El trabajo independiente (39.5%); el capital (10.1%); las transferencias (7.4%); el autoconsumo (11.8%) y otros (2.7%). "¿De dónde vienen los ingresos? Principales fuentes de ingreso del hogar, según dominios de estudio" 1994, en: **Encuesta Hogares Peruanos: Examen de ingreso.** *Op. Cit.* p. 7.

GASTO PROMEDIO MENSUAL, SEGÚN NIVEL DE POBREZA, 1994
(Nuevos Soles de diciembre de 1994 a precios de Lima Metropolitana)



Nota: El número de miembros promedio del país por hogar es 5,1; en pobreza extrema 6,6; en pobreza 6,1 y en no pobres 4,4.
Fuente: Cuánto S.A. ENNIV 94 (En: Cuánto. Enero 1995, p. 7)

Como se puede apreciar, el gasto de un pobre extremo, es decir de aquellos cuyo gasto total no llega a cubrir el costo de una canasta básica alimentaria, representa un quinto del gasto de alguien que se encuentra por encima de la línea de pobreza. Ello explica por qué gran proporción del gasto de los hogares de bajos ingresos se destina a la alimentación y satisfacción de otras necesidades básicas, lo que los deja con un escaso margen para maximizar utilidad mediante la sustitución de bienes frente a diferentes conjuntos de precios.[16]

Existen pues "niveles de consumo críticos" o de "infraconsumo" en las familias pobres del Perú, niveles que sólo una vez superados permiten reemplazar el consumo de un bien por otro de calidad superior[17].

16 Esto es lo que Amalia Cuba a denominado "gasto rígido" que lo identifica con el conjunto de demandas asociadas a un bloque, del cual no puede sustraerse el consumidor aun cuando sea pobre y que significan más de las 2/3 partes de su gasto total. Amalia Cuba Salerno, *Op. cit.* p. 61.

17 *Ibid.* P. 9.

DISTRIBUCION DEL GASTO POR GRUPOS DE CONSUMO 1994
(Porcentaje)

		Pobres		
	Total	Extremos	Total	No Pobres
Total	100.0	100.0	100.0	100.0
Alim. y Beb.(*)	49.4	68.1	61.2	45.8
Vest. y Calz.	6.0	7.0	6.1	5.9
Alq. Comb. y Electricidad	24.2	15.1	19.8	25.6
Muebles y Enseres	3.0	3.4	2.9	3.0
Cuid. de Salud	1.1	0.4	0.7	1.2
Transp. y Comun.	6.3	2.5	4.2	7.0
Esparc. y Cultura	6.2	2.6	3.6	6.9
Otros bienes y Servicios	1.3	0.3	0.5	1.6
Transferencias	2.5	0.5	0.8	3.0

(*) Incluye alimentos y bebidas fuera del hogar.
Fuente: Cuánto S.A. – ENNIV 94 (Estimados preliminares)
En: Cuánto. Enero 95 p. 9.

Sin embargo la realidad puede ser y de hecho es mucho más dramática. Si revisamos la distribución porcentual de necesidades básicas satisfechas, insatisfechas y en miseria de algunos departamentos del Perú[18] (v. gr. Huancavelica, Cajamarca, Cuzco e incluso Lima) comprobaremos que la gran mayoría de la población, que se encuentra en situación de pobreza o pobreza extrema; y que destina una gran parte de sus ingresos a satisfacer necesidades básicas, mantienen incluso altos índices de insatisfacción de las mismas.

Esta constante pérdida de la capacidad adquisitiva[19] de las familias pobres del Perú, en la práctica tornan inoperante la **racionalidad del consumidor** en sus decisiones de compra, pues su posibilidad de elección es mínima y si no se puede elegir, ¿de qué "consumidor racional" hablamos? Ello no quiere decir que el consumidor pobre sea incapaz de decidir qué es lo que le conviene o lo que no le conviene (por ejemplo los "productos basura") sino tan solo que su deteriorada economía no le permite "comparar" y por ende deducir "qué es lo mejor". Está obligado a aceptar lo que el mercado produzca a determinado nivel de

18 **Perú: Compendio Estadístico 1995- 1996** p. 163.

19 "En la última década según la ENNIV 94, los niveles del gasto real de los peruanos se han deteriorado en un 64%. Si en julio de 1985 una persona gastaba en alimentación, vivienda, vestido y otros bienes y servicios 100.00 nuevos soles, actualmente sólo gasta 36.00 nuevos soles". "El Gasto de Cada Peruano". En **Revista Cuánto**, Lima, enero 1995. p. 5.

PERÚ: DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA POBLACIÓN CON NECESIDADES BÁSICAS SATISFECHAS, INSATISFECHAS Y EN MISERIA E INDICADORES, SEGÚN DEPARTAMENTO

(Ordenada en función al porcentaje de población con NBI) - (Censo Nacional de 1993)

Departamento	Población En Estudio	Población (%)		
		Con Necesidades Básicas		En Miseria
		Satisfechas	Insatisfechas	
Total	21419238	43.2	56.8	28.3
Huancavelica	382436	4.8	92.2	51.0
Ayacucho	485417	16.7	83.3	50.8
Apurímac	378038	16.8	83.2	47.9
Pasco	223259	18.8	81.2	44.6
Cajamarca	1254056	20.9	79.1	51.7
Huánuco	649430	21.0	79.0	47.8
Loreto	674013	21.3	78.7	52.8
Amazonas	333970	22.0	78.0	51.5
Madre de Dios	64916	23.2	76.8	45.4
Cuzco	1019579	24.1	75.9	40.6
Puno	1071330	26.5	73.5	33.7
Ucayali	308163	26.7	73.3	43.9
San Martín	542780	28.1	71.9	46.8
Piura	1377572	29.7	70.3	41.1
Junín	1022642	33.9	66.1	29.4
Ancash	948542	35.9	64.1	29.9
Tumbes	149010	38.4	61.6	30.8
La Libertad	1259681	49.4	50.6	22.1
Lambayeque	914028	51.4	48.6	19.0
Moquegua	124080	52.1	47.9	20.3
Ica	559687	55.7	44.3	15.3
Arequipa	904884	56.7	43.3	18.6
Tacna	212314	61.3	38.7	13.9
Lima	6312672	65.5	34.5	11.9
Callao	629175	66.6	33.4	11.4

NBI: Necesidades Básicas Insatisfechas.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

- Dirección técnica de Demografía y Estudios Sociales.

precios y, en todo caso, esta "incapacidad" de elección no proviene de su intelecto (estupidez) sino de su bolsillo.

En definitiva la existencia de consumidores sin capacidad de elección determina su irracionalidad en el plano del consumo y con consumidores irracionales el mercado no puede funcionar, razón ésta, por demás justificante de una intervención del Estado en el mercado, sino para corregir el origen de dicha irracionalidad, por lo menos para paliar sus consecuencias[20].

2.3. Las externalidades

Que los contratos no generen externalidades, además de ser un presupuesto del mercado es uno de los argumentos por la no intervención estatal de la economía. Aquí queremos analizar ambos aspectos.

En primer lugar, la contratación de "productos basura" genera de hecho **externalidades negativas**, tal vez de ellas lo más preocupante sea los daños que determinados productos generan a la salud.

Una hamburguesa de cartón, un embutido elaborado en condiciones insalubres, un medicamento vencido, generan definitivamente efectos nocivos a la salud de los consumidores. Sin embargo, en la actualidad los precios de una gran cantidad de estos productos mantienen niveles que no reflejan en lo mínimo los costos que generan. Ello, lejos

20 Podríamos crear a partir de esta problemática una suerte de teoría de la Lesión Social. Como sabemos el artículo 1447 de nuestro código civil recoge la teoría de la lesión y la fundamenta en un aspecto subjetivo y otro objetivo. El subjetivo consta de dos elementos: **el estado de necesidad** en una de las partes y **el aprovechamiento** de la otra. Cuando el ordenamiento interviene en los contratos donde media lesión es porque entiende que una de las partes (la lesionada) no está en aptitud de garantizar un comportamiento maximizador que le brinde una utilidad particular y brinde finalmente una utilidad social. El estado pues, tiende a intervenir para promover la asignación eficiente de los recursos allí donde obviamente no se da. Similar situación encontramos en los sectores deprimidos de nuestra economía. El **estado de necesidad** del consumidor pobre, determinado por su ingreso y manifestado en sus niveles de gasto; actualmente es aprovechado por un conjunto de comerciantes inescrupulosos que no escatiman en ofrecer productos de pésima calidad, sin control alguno amparándose en la existencia de un "mercado libre".
Esta teoría (a desarrollar) de la **Lesión Social** podría justificar también, la ampliación de las fronteras de la defensa del consumidor, es decir la intervención del mercado, dado que es necesario promover la asignación eficiente de los recursos, en el sector de la economía en el cual el mercado no puede hacerlo por sí mismo.

de ser una ventaja es una desventaja, pues la sociedad en general se perjudica con la asignación ineficiente de recursos, que por definición son escasos.

Los precios de gran parte de los "productos basura" (sobre todo los destinados a la alimentación) no indican nada sobre los graves efectos que generan en la salud de los pobladores, siempre ha merecido la atención del ordenamiento legal, se pretenda negar hoy en día dicha protección, so pretexto de no generar externalidades y sobrecostos en un mercado de productos de pésima calidad.

Si relacionamos salud y pobreza, comprobaremos que a menor cantidad de recursos las familias tienden a gastar menos en el cuidado de su salud y es que de acuerdo a estudios realizados[21], en los hogares pobres, el gasto en salud es aleatorio[22], de allí lo poco que las familias de bajos ingresos invierten en este concepto (1.1%)[23], lo que no hace sino confirmar el constante deterioro del nivel de vida de los peruanos.

Esta situación deviene más crítica para quienes se encuentran en pobreza extrema, los que dedican un preocupante 0.4% de su gasto a este rubro, lo que agrava más sus ya precarias condiciones de salud[24].

Mantener en el mercado, sin ningún control, productos que generen un sin número de externalidades a la salud de los consumidores, más aún si éstos son pobres, es obligarlos a distraer una mayor cantidad del gasto en el cuidado de la salud, lo que va en detrimento del gasto que se realiza en alimentación y otras necesidades básicas.

De allí la necesaria participación del Estado y otras instituciones, en el mercado, **en defensa del consumidor**, para corregir esta sobreproducción de externalidades. Los métodos correctivos pueden ser diversos (como se verá en el siguiente capítulo) pero lo invariables es la intervención.

Por otro lado, la presencia del Estado en la economía, para controlar la producción o prohibir eventualmente la comercialización de de-

21 Amalia Cuba Salerno. *Op. cit.* p. 13.

22 En la medida que es asumido como "lucha contra la enfermedad" (no tiene naturaleza preventiva), por ello es un distorcionante de la estructura del gasto. Amalia Cuba Salerno, *Op. cit.* p. 61.

23 "El gasto de cada peruano". *Op. cit.* p. 8.

24 *Ibid.*

terminados "productos basura", va a crear externalidades. Sin embargo, ello no quiere decir que todas sean negativas. Por el contrario, creemos que dicho control generará a la postre externalidades positivos, pues los precios de estos productos estarán más acorde con los costos que generen, todo lo cual redunda no sólo en beneficio de la sociedad, que logra una asignación más eficiente de sus recursos sin mayor costo[25], sino sobre todo del consumidor pobre, quien se verá beneficiado con un mínimo de calidad en los productos que aún se ve obligado a consumir.

Finalmente el control de calidad -se afirma- puede ser tan perjudicial como un control de precios, por ende habría que abstenerse de ello y aceptar que la calidad para los pobres es un bien suntuario[26].

Una vez más estamos ante una verdad a medias. En definitiva la calidad cuesta y es natural que el incremento de los precios del producto sea directamente proporcional a la calidad que estos presenten.

A los proveedores de "productos basura", (sobre todo, los destinados a la alimentación o que puedan afectar la salud), no se les puede exigir que cumplan con los estándares de calidad ISO 9000 o ISO 9001; en cambio, si se les puede pedir que, dentro de los diversos niveles de calidad, cumplan con aquel nivel mínimo en el cual **calidad** sea sinónimo de **seguridad** (del producto y para el consumidor). Definitivamente la seguridad no puede ser un bien suntuario para el consumidor (sobre todo lo referido a la salud e integridad física), sino todo lo contrario, es un Derecho el cual, además, la sociedad siempre se ha preocupado en salvaguardar[27].

2.4. La información

Referirse a la información como presupuesto del mercado no es en realidad asimilar esta idea a la de "información perfecta" sobre cada bien o servicio que se produce, es referirse si, a la información suficien-

25 Siempre se ha dicho que "no existe almuerzo gratis" pero si partimos del supuesto que la sociedad está produciendo ineficientemente, siempre es posible producir una cantidad mayor de todos los bienes y no es necesario perder nada produciendo algo más. En ese sentido existe algo "gratis". Stanley Fischer, Rudiger Dornbusch, Richard Schemalesse. **Economía**. Madrid. Mc. Graw-Hill. 2° edición en español 1995. p. 1 9.

26 Alfredo Bullard G. "¡Lo que no mata engorda¡". *Op. cit.* p. 106.

27 Art. 7° y Art. 65°. Constitución Política; Arts. 286°-295°; Código Penal; Art. 5° inc. A; D. Leg. 716; por citar algunos ejemplos.

te y relevante. Este tipo de información es necesaria, pues de ella depende en mucho la consistencia de la conducta racional. Alguien podría ser totalmente racional en sus decisiones, sin embargo, eventualmente podría decidir ineficientemente dada su falta de información, es decir ante dos alternativas, optar por aquella que no maximiza su utilidad[28].

Como ya habíamos anunciado, la problemática de la información insuficiente del mercado de "productos basura" trasciende la problemática de la pobreza, es algo que afecta tanto a pobres como a no pobres, consumidores racionales como irracionales. Por ello, para demostrar que la falta de información justifica por si sola la imposibilidad de liberalizar el mercado de estos productos (a pesar de los argumentos en contra ya mencionados: la irracionalidad, el consumidor pobre y la generación de externalidades), partamos del supuesto que los consumidores pobres y pobres extremos, no obstante sus bajos ingresos y capacidad de elección casi nula, son racionales es decir poseen alternativas de consumo, aunque sean limitadas.

Ahora bien, ¿en qué medida los "productos basura" informan de manera suficiente sobre calidad, cualidades, precauciones, riesgos, etc. a los consumidores? La respuesta es sencilla, de ninguna manera.

El problema de información asimétrica que se genera es claro y ello debe ser corregido básicamente por tres razones: En primer lugar, por los riesgos que genera la desinformación. Actualmente el intercambio de "productos basura" se realiza en un mundo en el que la información prácticamente no existe, ello no permite aquilatar adecuadamente a los consumidores los riesgos a los cuales se someten al consumir este tipo de productos, sobre todo si se trata de productos alimenticios o que -en general- puedan afectar la salud (v.gr. medicinas vencidas).

Se afirma que el consumidor es consciente de la relación entre calidad y precio, y que en alguna medida el bajo precio de los productos que adquiere le informa de la baja calidad de los mismos y de los riesgos que "conscientemente" decide asumir[29]. Discrepamos con esta afirmación.

28 Así por ejemplo podría estar consumiendo cotidianamente carne en estado de descomposición o hamburguesas de papel sin saberlo, sin embargo si de hecho conociese la procedencia y sobre todo las consecuencias que esos productos le pueden generar a la salud, optaría, al ser racional, es decir al tener alternativas de consumo, por no consumirlos.

29 Alfredo Bullard G. *Op. cit.* p. 107.

Para nosotros información y "conciencia del riesgo" son conceptos proporcionales, es decir la internalización del riesgo requiere información sobre su existencia. Por ello, y no por otra razón, la mayoría de las críticas al tabaco se dirigen a los fumadores, pues hoy en día es improbable que alguien fume sin ser consciente de los riesgos que su actividad genera a su salud como a la de terceros (v. gr. la posibilidad de contraer cáncer) y ello no sólo porque el producto mismo lo advierta, sino sobre todo por la cantidad de información que existe al respecto (estadística, estudios especializados, información televisiva, etc.).

Distinta sería la situación si dicha información no existiera, pues casi podríamos asegurar que las críticas se dirigirán a los productores por ocultar la información necesaria y relevante para conservar nuestra integridad física, o por lo menos para ser conscientes que la podemos afectar.

El bajo precio de un par de zapatos, de una medicina o de una hamburguesa "al paso" realmente no nos dice mucho, nos dice qué no esperar del producto como por ejemplo, que mis zapatos duren toda la vida, que la medida sea 100% eficaz o que la hamburguesa tenga realmente buen sabor; sin embargo, la información relevante que deberían contener dichos productos no nos la da el precio (v.gr. que mis zapatos se deshacen en la lluvia porque su suela es de cartón, que la medicina es barata porque está vencida o que mi hamburguesa no es tan agradable por que está hecha de papel y sazonada con "ladrillo" en polvo). Es esta información la que no existe, la que se reclama y la que causa la mayor cantidad de externalidades a los consumidores, sobre todo daños a la salud.

Una segunda razón es el "costo de la experiencia". Se afirma que en un mercado competitivo la información que no brinda el mercado, la provee la experiencia, dado que errar es humano y que no se concibe una economía de mercado en la que no exista un constante aprendizaje[30].

Creemos que esta afirmación es válida, pero no absoluta en la medida que no toma en consideración las consecuencias de aplicar este razonamiento al mundo de los "productos basura".

Hasta qué punto podemos obligar a las personas a que experimenten con su salud, con su vida[31]; hasta qué punto podemos permitir que

30 *Ibid.* p. 105.

31 En ese sentido. E.Elías Laroza. "¡Lo barato sale caro: mata y no engorda¡ La inacción

los consumidores (sobre todo los pobres y pobres extremos) asuman el sobrecosto de esta experimentación y de la asignación ineficiente de sus recursos.

Definitivamente, allí reside parte del problema. Una cosa es hablar de productos que dado su nivel de calidad afectan -de existir un error en la elección- solamente niveles de satisfacción del consumidor, y algo muy diferente es referirse a productos que dada su función(satisfacción de necesidades básicas) y calidad (pésima) afectan -de mediar error en la elección- la integridad física de sus consumidores.

La tercera razón para corregir la asimetría de información es que ésta no siempre proviene del alto costo de incorporarla, sino que en la mayoría de casos proviene de la conducta dolosa de los proveedores. En realidad la información cuesta y es razonable que el precio de un producto se incremente conforme aumenta la cantidad de información que contiene; por ello es distinta la conducta de quien no incorpora información para reducir sus costos y ofrecer un producto más barato, a la conducta de quien no incorpora información (ni siquiera la relevante) porque sabe que si lo hace, su producto no podrá ser comercializado[32].

Como es posible comprobar, la conducta inescrupulosa de los proveedores de "productos basura" -en cuanto al ocultamiento de información relevante- no se origina en una decisión de mercado sino en la voluntad y conciencia (dolo) de dañar la salud o integridad de los consumidores a un bajo costo (para los productores)[33].

En conclusión, no corregir la asimetría de información que existe en el mercado de producto basura (a pesar de las razones expuestas), so pretexto de mantener productos baratos para consumidores pobres, es fomentar la afectación de bienes jurídicos que el propio Estado ha

---

del INDECOPI ante los productos basura, los cañazos y los yonques". En *Ius et Veritas* Nº 13 p. 57.

32 Así por ejemplo quien fabrica embutidos con carne descompuesta o de algún animal no apto para el consumo humano, difícilmente podría pensar que incorporando dicha información al envase de sus productos, estos sean más competitivos, por el contrario sabe que si lo hace no sólo no se le compran sino que le cierran el local, lo multan, eventualmente tendría que indemnizar a las víctimas y hasta podría "ganarse" 6 años de pena privativa de la libertad (Cod. Penal 91. Delitos contra la Salud Pública. Art. 288º).

33 Ello explica en última instancia por qué el mercado no puede corregir la información asimétrica por si mismo y por qué no es capaz de generar los incentivos adecuados para que los productores incorporen calidad y seguridad a sus productos.

decidido proteger; consentir la generación de externalidades (dados los "costos de la experiencia") que terminan afectando a las personas de más bajos ingresos; es inducir una asignación ineficiente de los recursos.

3. Las nuevas fronteras de la defensa del consumidor.

3.1. Las fronteras actuales.

Analizada la problemática del consumo en un país con altos niveles de pobreza como el Perú, es inmediata la pregunta ¿cuál es la actitud del Estado (en principio) en defensa del consumidor?

La respuesta es desconcertante, paradójica y formalmente asume como suyo todo cuanto venimos planteando como posible solución a la realidad del "consumo basura" en nuestro país, propuesta que podría resumirse en el control de calidad e información de los productos denominados basura, para brindar de esta forma, seguridad a un consumidor que dada su situación de pobreza no posee en los hechos, capacidad de elección relevante.

Así, el Decreto Legislativo 716°, Ley de Protección al Consumidor, consagra como derechos del consumidor, el de ser protegido eficazmente contra los productos que representen un riesgo o peligro para la salud o la seguridad física (Art. 5° inc. a); y el de recibir de los proveedores toda la información necesaria para poder tomar una decisión adecuada (Art. 5° inc. b); señala asimismo como obligación de los proveedores la de cumplir con las normas de seguridad y calidad de los productos (Art. 7°); además cuando esta norma define el concepto de producto, no diferencia entre productos de buena, mala o pésima calidad, por lo que en principio la intervención del mercado en defensa del consumidor no sólo estaría justificada, sino que al mismo tiempo normada.

Si a esto sumamos que el Decreto Ley N° 25868 establece que el INDECOPI es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger a los consumidores (Art. 2° inc.a); que es el encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger la calidad de los productos (Art. 2°) y que su actuación no depende de la existencia de alguna denuncia, sino que tiene plenas facultades

para investigar y actuar de oficio (Art. 47° inc.b y c), facultades ratificadas y ampliadas por el Decreto Legislativo 807°; no se entiende porqué no se ven los resultados. E allí lo desconcertante.

Tal vez sea así porque INDECOPI ha optado por no asumir estas funciones y dedicar su esfuerzo a la fiscalización del sector formal de la economía y dejar de lado el sector informal[34], que es básicamente el medio en el cual se comercializan los productos basura; tal vez sea que dada su actual cantidad de funciones y carga de trabajo no puede avocarse a este nuevo ámbito de protección al consumidor sin descuidar, a la vez, otros no menos importantes.

Sin embargo creer que el INDECOPI es la única institución llamada a defender los intereses de los consumidores, es asumir un concepto limitado de lo que la defensa del consumidor significa, con ello no justificamos su inacción, pero en última instancia la defensa del consumidor es tarea de todos, incluso de los propios consumidores (como se verá más adelante).

Creemos sí que la inacción de los hoy encargados oficiales de la defensa del consumidor frente a la problemática de los productos basura (INDECOPI), se explica por el enfoque limitado que se tiene del problema.

En la actualidad esta temática no ha consentido un análisis desde la perspectiva de la pobreza, por el contrario ésta se asume y lo único que se pretende resolver son los problemas de información asimétrica[35].

Esta es la actual frontera y límite de la defensa del consumidor en el Perú, razón por la cual la problemática del consumo y de los productos basura existe y subsiste.

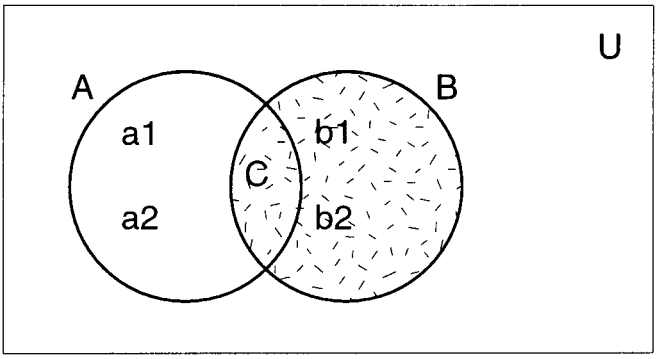
3.2. ¿Por qué ampliar las fronteras?

Como hemos analizado a lo largo de este trabajo, la temática del consumidor pobre no es sólo un problema de información asimétrica (esta se da pero no es el único), así como tampoco la problemática de la información es un tema que se agote en el ámbito del consumo de pro-

34 Como sugiere Elías Laroza, *op.cit.* p. 60.

35 Como sostiene Alfredo Bullard "La Problemática de la protección del consumidor se centra en el tema de la información asimétrica entre el proveedor y el consumidor". A. Bullard Gonzáles, *Op. cit.* p. 110.

ductos basura. Por ello si el enfoque de la defensa del consumidor se mantiene con miras a corregir solamente la asimetría informática, corre el riesgo de dejar fuera problemas tan o más trascendentes que el de la información (tanto social como económicamente, como la irracionalidad del consumidor o la generación exagerada de externalidades, problemas que reclaman una pronta solución que paradójicamente, el mercado no puede darla. Un diagrama esquematiza mejor esta situación:



Donde:

U es nuestra sociedad de consumo.

A es la problemática de consumo generada por la pobreza.

B es la problemática generada por desinformación.

C son problemas generados por pobreza y desinformación.

A1 y A2 son problemas de consumo generados por pobreza y no por desinformación (vg irracionalidad del consumidor y cierto tipo de externalidades).

b1 y b2 son problemas de consumo generados sólo por información asimétrica (vg riesgos inconscientes).

[:::] El ámbito actual de la defensa del consumidor.

Como se observa, hoy en día la defensa del consumidor cubre solo el conjunto B, cuando debería cubrir el conjunto AUB.

Asumiendo el riesgo de ser reiterativos, recordemos que la pobreza es la situación del consumidor; lo oprime y a la vez elimina sus posibilidades de elección, convirtiéndolo en un individuo irracional (en el plano del consumo), todo lo cual lejos de aportar a la solidificación de

los mercados, los deprime al deprimir la demanda, más aún cuando en esta compleja situación, irrumpen los "productos basura" sin control alguno para -aprovechando la irracionalidad del consumidor- generar no sólo pingües ganancias para algunos pocos proveedores sino sobre todo, elevadísimos costos para la gran mayoría de consumidores.

Razones por demás suficientes para enfocar la problemática del "consumo basura" desde la perspectiva de la pobreza y así ampliar las fronteras de la defensa del consumidor. Un enfoque desde la pobreza -como hemos pretendido demostrar- es útil y vigente en la medida que aporta nuevos criterios de análisis y cuestiona otros tantos que se habían dado por válidos.

3.3. Control y pobreza.

La defensa del consumidor bajo esta orientación más realista puede contribuir en mucho, para ello la palabra clave es control. El control de la calidad y de información de los productos basura parece ser la solución más adecuada. Como vimos en el capítulo anterior, el mercado no puede crear los incentivos necesarios para que los proveedores incorporen calidad, seguridad e información a sus productos, es necesario pues que el Derecho cree estos incentivos para promover una asignación más eficiente de los recursos que se traduzca en un mayor bienestar de los consumidores.

Por ello el control de calidad debe traducirse en un esfuerzo por reducir (internalizar) las externalidades que los productos de pésima calidad generan tanto a la economía como a la salud de sus consumidores.

Este control ayudará a mitigar las consecuencias de la irracionalidad del consumidor, problema generado también por la pobreza pero que la defensa del consumidor no puede corregir directamente, pues la solución responde más a una adecuada política económica que a un efectivo control de calidad de los productos. En este sentido de lo que se trata es que el control logre que aquellos consumidores sin posibilidades de elección, consuman en cada producto un mínimo de calidad (seguridad) y no les genere un perjuicio adicional (externalidad) que de por sí implica consumir productos de mala calidad.

En cuanto al control de información -corrección de información asimétrica- es claro que desde un enfoque tradicional de la defensa del

consumidor, este problema puede encontrar solución. Sin embargo, es necesario reincidir en él -y un análisis desde la pobreza lo logra- porque hasta ahora ha permanecido olvidado.

Ahora bien, es evidente que el control puede aportar no sólo en la internalización de externalidades, sino también en la prevención de las mismas. Asimismo, el control puede devenir eventualmente en prohibición de determinados productos, sin embargo si no queremos terminar prohibiendo a diestra y siniestra productos basura ni fomentar una sobre protección del consumidor (porque ello distorsionaría aún más las imperfecciones del mercado que queremos corregir), es necesario asumir criterios claros de actuación.

3.4. Criterios de actuación

A continuación mencionaremos dos criterios que han sido reiteradamente citados en este ensayo, criterios que se deberían tomar en cuenta en toda política de defensa del consumidor, si quiere evitar un uso ineficiente y eventualmente abusivo de sus prerrogativas.

Primer criterio; **necesidades básicas o primarias.**

Como sabemos, los productos basura pueden cubrir una serie de necesidades de los consumidores, desde alimentación hasta transporte. Sin embargo, la gran mayoría de críticas contra los productos basura, se dan en la medida que afectan necesidades básicas, es decir requerimientos inmediatos para mantener la vida[36] (vg. las medicinas y alimentos), y ello porque las externalidades que generan dañan directamente la salud de los consumidores, siendo éste un costo realmente elevado para quienes se encuentran viviendo en situación de pobreza y pobreza extrema.

Creemos que ello justifica la distinción. La defensa del consumidor debe controlar sobre todo la calidad de aquellos productos basura que

36 Amalia Cuba citando a Georgescu-Roegen, distinguen tres tipos de necesidades: Necesidades Primarias: requerimientos mínimos para mantener la vida.
Necesidades Convencionales: referidas al nivel cultural. Son impuestas por el medio social.
Necesidades Puramente Personales: Lujos.
Amalia Cuba Salerno. *Op. cit.* P. 10.

se destinan a satisfacer necesidades básicas o primarias de los consumidores, y en cuanto a los productos que cubren otro tipo de necesidades ya convencionales ya puramente personales (suntuarias), el control debe orientarse solamente a corregir la asimetría de información que exista, más no la calidad, salvo en lo que respecta a requerimientos mínimos de seguridad, que deviene en el segundo criterio de análisis.

Segundo Criterio: **La seguridad.**

La "seguridad" no es sólo un criterio de análisis, es también un derecho reconocido al consumidor, de allí su importancia[37].

Nuestro primer criterio nos permitió deslindar claramente el campo de actuación de la defensa del consumidor en cuanto a control de calidad se refiere, enfocándolo directamente a aquellos productos (basura) destinados a satisfacer necesidades primarias. No obstante ello es insuficiente.

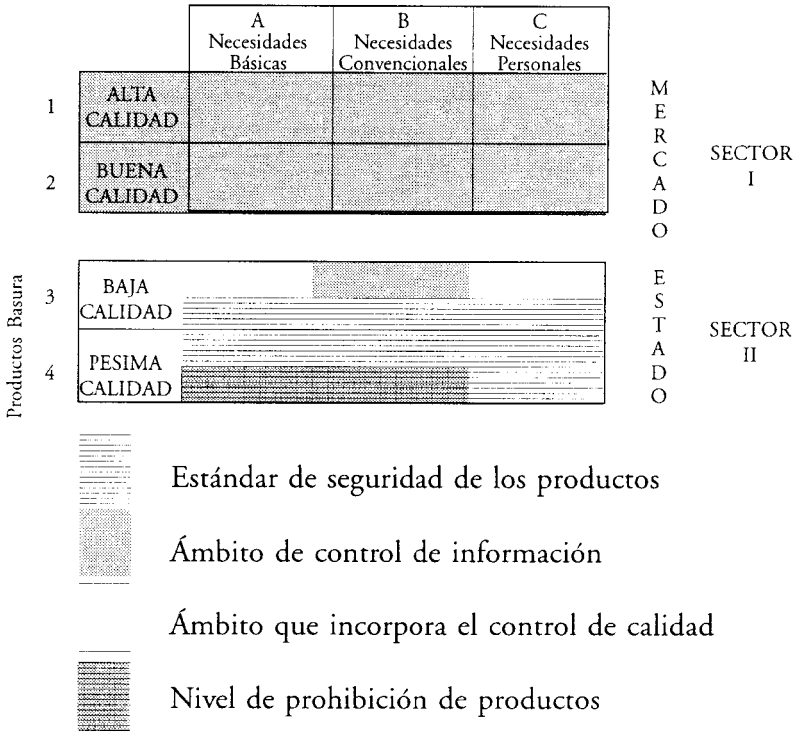
En primer lugar dentro de estos productos existen diversas calidades y grados de afectación a la salud de los consumidores. Pretender lograr un control de calidad total puede ser tan ineficiente como ilógico dado que lo que se busca no es la eliminación de los productos basura (en la medida que les obliguemos a ser productos de alta calidad), sino que estos internalicen gran parte de las externalidades que producen.

En segundo lugar que un bien o producto no esté dirigido a satisfacer necesidades básicas, no quiere decir que deje de afectar la salud o integridad de los consumidores.

Por estas razones se justifica el criterio de seguridad, que nos da la pauta para controlar la calidad de productos basura que satisfagan tanto necesidades primarias como de otro tipo.

A partir de los dos criterios mencionados se puede diseñar un cuadro de doble entrada que grafique los distintos ámbitos de actuación de la defensa del consumidor frente al universo de producto del mercado, tanto desde un enfoque tradicional (que solo incorpora el criterio de información) como desde un enfoque que añade la perspectiva de la pobreza (y los criterios de necesidad primaria y seguridad).

37 Ver *Supra* 28.



La división en sector I y sector II no es caprichosa, demarca en primer lugar las fronteras de la defensa del consumidor desde un enfoque puramente "informativo" (I) y la medida en que éstas se ven ampliadas desde una perspectiva que incorpora la pobreza como criterio de análisis (II). Como se aprecia, es a partir del nuevo enfoque que las probabilidades de protección incorporan tanto a productos de baja como de pésima calidad, es decir a los productos basura.

Otro aspecto importante son los binomios mercado-sector I y Estado-sector II, ello quiere decir que en el universo de productos de buena y alta calidad, el mercado es autosuficiente para crear los incentivos necesarios que incorporen calidad y seguridad a los productos. De allí que la defensa del consumidor se haya limitado a corregir solamente problemas de información asimétrica. En cambio, en el sector II al ser el mercado insuficiente para crear estos incentivos, se hace necesaria la intervención estatal para controlar calidad y seguridad.

Ahora bien, desde el sector II se puede apreciar la contribución de los criterios de "necesidad básica" y seguridad. El primero nos obliga a

hacer un control de calidad, en principio, de todos los productos de la columna A, inclusive de los que se encuentren en el sector A1 y A2. Sin embargo, dado que en ellos el mercado puede controlar la calidad y seguridad, la defensa del consumidor debe mantenerse al margen. El segundo criterio amplia este control a la columna B pero solo en lo correspondiente a la calidad mínima que deben brindar los productos basura (stándard de seguridad), para evitar afectaciones a la salud e integridad física de los consumidores. Todo control adicional sólo podrá ser de información (vg. sector B3 parte superior)[38].

El segundo criterio sirve además para diferenciar cuándo un producto, independientemente del tipo de necesidad que satisfaga, debe ser prohibido. Como se observa en el cuadro, en la medida que existan productos cuya calidad sea inferior a los requerimientos de seguridad, deben prohibirse (vg. las medicinas vencidas).

Finalmente, si el sector C3 y C4 se mantienen en blanco, es porque no imaginamos la existencia de productos basura que satisfagan lujos, ello más bien es un problema de "productos bamba" ajeno a nuestro análisis. En todo caso de existir estos, les sería aplicable el segundo criterio (seguridad).

Como se observa el control de calidad de los productos no tiene por qué ser dramatizado, ya que éste viene delimitado por criterios claros de actuación, de allí que se aplique sólo a productos de baja y pésima calidad (productos basura) que satisfagan necesidades básicas o primarias de los consumidores, y también a aquellos que abran otro tipo de necesidades pero sólo en lo referente a requerimientos mínimos de seguridad.

---

38 Un ejemplo nos aclara el panorama. Imaginemos que compramos una bicicleta marca Rayo, definitivamente no se trata de un bien que satisfaga una necesidad básica o primaria, por lo que por allí no vendría dado el control de calidad. Sin embargo al ser un bien que cubre otro tipo de necesidad, de acuerdo al segundo criterio, debe cumplir con requisitos mínimos de seguridad (vg. llantas que no salgan volando en el primer bache, un timón que no se quede en las manos en la primera curva cerrada).
La bicicleta podrá ser de pésima calidad y tal vez no me dure ni 2 meses porque las llantas se desinflan a cada instante, la pintura se sale totalmente, los cromados se oxidan...etc., pero en lo que no deberá fallar es en el mínimo de calidad que la haga segura en la función que realiza. Todo control adicional sólo podrá ser de información, por ello la defensa del consumidor no deberá preocuparse por el tipo de pintura o cromado de la bicicleta o la presión de sus llantas, sin embargo si deberá preocuparse porque los proveedores informen de ello a los consumidores para que no sólo tomen una decisión adecuada sino sobre todo para que sean conscientes de los riesgos del producto y de aquellos otros que deciden asumir.

Ciertamente se puede criticar que referirnos a "niveles de calidad", "estándares" de seguridad, y necesidades básicas es muy ambiguo. Incluso preguntamos ¿cuándo un producto es de buena calidad, cuándo es inseguro, qué es una necesidad básica?

Creemos que la objeción sería válida, pero esta "relativa" impresión de los conceptos es preferible a la total indefinición que acarrearía indefensión para el consumidor o abusos contra el proveedor. Aludimos a "relativa" imprecisión porque los conceptos cuestionables pueden ser mucho más precisos, por suerte ello no depende del Derecho sino de otras ramas del conocimiento. Así, calidad y seguridad (desde la administración) pueden definirse en función a estándares internacionales, lo cual aporta mucho en precisión. De igual forma, "necesidad primaria" es un concepto que maneja hace mucho la economía y que viene definido a la elasticidad de la demanda del producto.

3.5. Defensa del consumidor en sentido amplio

Como habíamos mencionado en otro momento, una visión amplia de la defensa del consumidor nos obliga a ver más allá de INDECOPI y a reparar en las instituciones cuyo objetivo puede ser este pero que tal vez habíamos perdido de vista.

Así, en la medida que la defensa del consumidor sea asumida desde todos estos campos, los resultados comenzarán a verse y la problemática del consumo y de los productos basura dejará de ser tal. A manera de repaso, tenemos:

Defensa del Consumidor:

- Colectiva Autónoma: Asociaciones de Consumidores
- Heterónoma:
  - Directa: INDECOPI (normas sobre Defensa del consumidor).
    Resp. Civil (contractual y extracontractual)
    Resp. Penal (delitos contra la Salud Pública)
    Municipalidad (otorgamiento de licencias y control sanitario).
  - Indirecta: Política Económica Estatal
    Empresa Privada

La enumeración no es taxativa pero deja ver que los instrumentos para asumir la defensa del consumidor existen, lo único que requieren es afinar su uso desde un enfoque que incorpore la perspectiva de la pobreza. Sin embargo, el gran impulso en esta política debe darla el Estado quien está obligado a asumir el rol de Promotor que le corresponde, entre otros aspectos.

3.6. Reflexión final

> "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía. Social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país (...)" Art. 58° Constitución Política 1993.
>
> "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población". Art. 65° Constitución Política 1993.

Si las normas tuvieran la magia de transformar los problemas en bellas realidades, no estaríamos preocupados por el desfase existente entre el Derecho y la Realidad. Lamentablemente ello no es así.

Pero algo es cierto, las normas serán mágicas y el Derecho responderá a la realidad en la medida que sus postulados dejen de ser líricas declaraciones. Cualquier observador ajeno a nuestra realidad pero consciente de la misma, se sentiría realmente emocionado al leer las frases de los artículos constitucionales citados. Sin embargo, vale preguntarse hasta qué punto estas normas son capaces de convencer a la mitad del país que viven en la pobreza, de que las cosas son como ellas las declaran.

Nadie puede negar que el problema está más allá de la Constitución, ella es sólo una carta fundamental cuya virtud es establecer los pilares en los que nuestra sociedad debe descansar. En esa medida los artículos 58° y 65° son absolutamente necesarios para crear una adecuada política de defensa del consumidor, pero no suficientes.

Lo que se reclama es que el Estado (en tanto defensor de los intereses de los consumidores), termine de convencerse que nuestra economía es también Social y no sólo de mercado; que ello implica una

actitud decidida que busque corregir las desigualdades pre-existentes que cuestionan constantemente los presupuestos del mercado.

De lo que se trata es de crear mercados capaces de resistir el juego libre de la economía, no de liberalizarlos porque si a sabiendas que no estamos preparados para ello, y bajo el riesgo de incrementar la desigualdad que queremos corregir.

Desde este punto de vista no existe prejuicios ni perjuicios en promover una auténtica defensa del consumidor que en una realidad pobre como la nuestra requiere del Estado (aunque no solo de él) para alcanzar sus fines. Lo prejuicioso y perjudicial es cuestionar *a priori* la participación del Estado en la economía y dar por cierto que toda intervención suya tiende a ser arbitraria e ineficiente.

Todo Estado moderno aspira a que sus mercados funcionen bien, sean eficientes y contribuyan al bienestar social. Sería un contrasentido que preocupándose tanto los estados por establecer reglas de juegos claras para la economía, se dediquen luego a desconocerlas, y aunque al parecer nuestra historia ha sido un reencuentro infinito de estas situaciones (y de allí la desconfianza), es necesario advertir que ni siquiera el mercado puede evitar que las reglas de juego se desconozcan, si algún gobernante "innovador" decide hacerlo.

Si en nuestros tiempos es momento de creer en el mercado, debemos también aprender a creer en el Estado, no como un economista brillante, sino como el promotor de una economía brillante. Ello lo obliga entre otras cosas a corregir las imperfecciones del mercado en la medida de que éste no logre hacerlo por sí mismo.

En el tema particular que hemos tratado las cosas no son diferentes. La defensa del consumidor es un campo en el cual la tutela estatal no puede retroceder y el mercado de los productos de baja y pésima calidad es uno que no puede liberalizar, sin tomar en cuenta el aspecto social (pobreza). No sólo por un mandato constitucional que limite al Estado en este sentido, sino además porque una real economía social de mercado presupone la existencia de mercados, y ellos aún están en formación en el Perú.

Algún día llegará en que los mercados sean tan eficientes y perfectos que podrán dar solución a cuanto problema social se presente, sin requerir para nada de la "ayuda" del Estado. A la vez, si éstos no quieren desaparecer tendrán que volverse igualmente eficientes. Si ello no es así, quizás las sociedades decidan instituirse en función a un orden

económico ya no estatal, pero hasta entonces (en nuestro país todavía falta mucho para ello) tanto el Estado como el Derecho y la defensa del consumidor tienen y tendrán mucho qué hacer.

Aplicación de teoría de juegos para la comprensión del Concepto y la función de la buena fe

Noé F. Piérola Castro

1. Aspectos generales e introductorios

Sobre la buena fe y otros conceptos a los que usualmente nos remiten muchas normas se han dado diversas opiniones que pretenden esclarecer su sentido, al no existir una determinación expresa de ellos en los textos legales.

Debido a nuestra experiencia lingüística, estamos tan imbuidos de estos conceptos que nos resultan "inmediatamente inteligibles" (De la Puente, 1993, T. II, p. 39), de modo tal, que al momento de contratar o de entablar algún tipo de relación jurídica parecería ser que entre las partes resulta de "conocimiento común" el contenido de dichos conceptos. Sin embargo, los problemas sobre lo que aparentemente es de "conocimiento común" se suscitan cuando en situaciones de conflicto o de incertidumbre jurídica los agentes involucrados interpretan cada cuál según su criterio, lo que en principio creían comprender del mismo modo.

En este sentido, el concepto de "buena fe" puede venir definido por los criterios que utilicen las propias partes (siempre y cuando opten por negociar)[1], o el que utilice el heterocomponedor (tratándose de un

1 La aproximación entre las partes para lograr una autocomposición será factible si los costos de transacción son próximos a cero o irrelevantes comparados con los beneficios que provendrían del mantenimiento de la relación. Sin embargo es por lo general común que en este tipo de situaciones donde s encuentran involucrados factores personales y éticos (tales como conductas desleales o de mala fe) resulte poco probable lograr un acercamiento entre las partes para negociar, existiendo por lo contrario el riesgo que al menos una de las partes ya no esté dispuesta a mantener vigente ningún tipo de relación con la(s) otra(s). Como lo señala

juez o árbitro) si optan por recurrir a él. En este último caso, se generan costos en la administración de justicia – si se recurre al Poder Judicial – o en la administración de contrato – si se recurre a un tercero dirimente, como un árbitro[2], pudiendo dar origen a lo que en Teoría de Juegos se denominan como las ***demandas legales triviales*** (Rasmussen, 1996: pp. 121-130), si existen pocas probabilidades de ganar por la parte afectada, y factores emotivos influyen en la decisión de ir a juicio.

En esta misma disciplina, a los problemas que surgen cuando las

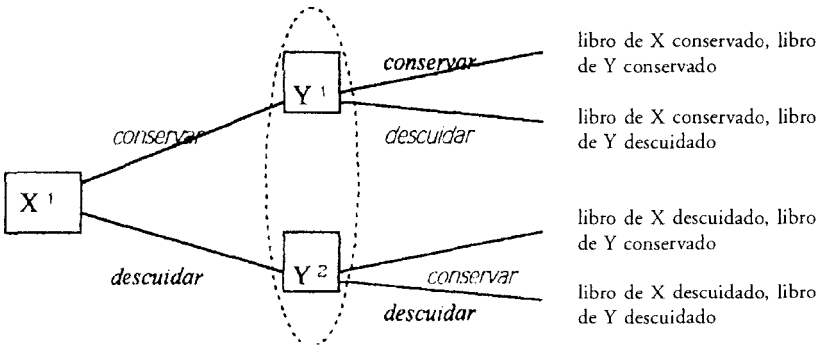
---

Rasmussen (1996: p. 128) una de las principales ideas equivocadas acerca de la teoría de juegos, así como de la economía en general es aquella que hace caso omiso de las motivaciones no racionales y de las no monetarias. **"A menudo, las emociones son importantes en los juicios legales y los profesores de jurisprudencia les dicen a sus alumnos que cuando los casos que estudian parecen implicar disputas muy triviales para que valga la pena llevarlas a juicio, pueden adivinar que las verdaderas razones son emotivas".**

2 Para los casos contractuales, recurrir al Poder Judicial o a un arbitro va a depender de lo que los teóricos en microeconomía (Kreps 1995: 671-672) han denominado *las estructuras de gobierno de las transacciones*, entendiendo por tales los modos que fijan las propias partes para la adecuación de la relación ante circunstancias que se presenten durante el desarrollo de la relación. Se dice que para la adopción de cada tipo de estructura de gobierno a determinada transacción, las partes tomarán en cuenta factores tales como la especificidad de los activos en juego, el grado de incertidumbre y la frecuencia de la transacción. Así, por ejemplo para un contrato denominado *clásico*, las propias partes fijan *ex - ante* lo que lo que se debe considerar como daño o como incumplimiento y atribuyen consecuencias a ellos. En este contrato se da una suerte de "autogobierno" de la relación, existiendo por tanto una menos discrecionalidad para atribuir o no la existencia de un daño o incumplimiento, y por lo tanto el incentivo para someter cualquier tipo de controversia al Poder Judicial (aunque en la práctica sabemos que esto va a depender mucho de las características del Poder Judicial ala cual nos sometamos). En los llamados *contratos neoclásicos o de relaciones a tres bandas* ya ano es el mismo contrato el que establece dichos supuestos y las respectivas consecuencias sino una tercera persona que las determinará de acuerdo al procedimiento que fijen las partes o al que se sometan. En estos casos, debido a su carácter más discrecional se recurre, a un tercero en el que confían las partes. Por último, existe un tercer tipo de contrato llamados de *relación bilateral* en los cuales, las partes "de una transacción no llegan a un acuerdo formal respecto a cómo ésta se adaptará a las circunstancias, sino que confían en su propia habilidad para resolverlas a medida que éstas van apareciendo". En estos casos, debido a que lo que está en juego son por lo general objetos de bastantes importancia para las partes, o lo que los economistas denominan *activos bastante específicos*, existe por lo general el incentivo para que las propias partes autorregulen su relación, o establezcan un gobierno unificado que reduzca cualquier incentivo al oportunismo. Para ello, se establece por ejemplo, obligación de entablar consultas bilaterales o inspecciones comunes a la ejecución de las obligaciones, recurso a mediadores o conciliadores, y por último, cuando existe demasiado en juego y la improbabilidad de detectar a tiempo una actuación *oportunista o desleal* en perjuicio de las otras partes es alta, se opta por la formalización de una persona jurídica. En los contratos de *relación bilateral* el elemento personal es demasiado fuerte pudiendo generarse en ellos aplicaciones de conductas de buena o mala fe.

reglas de juego no son unívocas y permiten que un sujeto por decisión de un tercero o del alzar pueda obtener diferentes resultados por una misma conducta, se les denomina problemas de **información imperfecta**. Así por ejemplo, para Binmore, decir que un juego es de información perfecta o imperfecta es decir algo acerca de sus reglas (1994: 485). Un ejemplo probablemente nos puede ayudar a comprender mejor este concepto: Diremos que dos sujetos X e Y se han prestado mutuamente dos libros, y el sistema jurídico les ordena a cada cual, darle al libro prestado un trato semejante o recíproco del que recibe su propio libro en las manos del otro sujeto. Asumamos por tanto que existen dos posibilidades de acción: conservar el libro o descuidarlo. Entre ambos existe una distancia de 10 kilómetros y no existe ni teléfono, ni mucho menos correo electrónico para comunicarse; por lo tanto ni uno ni otro saben qué es lo que cada cual está haciendo con su libro. Esquemáticamente la relación se muestra de la siguiente manera:

Gráfica 1.1



La interpretación es como sigue: asumimos que el sujeto X es el primero en tener contacto con el libro prestado y debe decidir entre conservarlo o descuidarlo. Este momento decisorio está representado por la casilla X^1 en donde a la vez se muestran sus dos alternativas de acción. Luego de este movimiento, el sujeto Y, en forma recíproca al trato que le da el sujeto X a su libro, debe también optar por conservar o descuidar el libro ajeno.

El problema está en que Y no sabe si X ha optado por conservar o descuidar su libro; si lo vemos desde el punto de vista de Y, Y no sabe

si se encuentra en la casilla Y^1 o en la casilla Y^2. Cuando un sujeto encuentra que no puede determinar en qué casillas del juego se encuentra, se dice que dicho sujeto tiene un problema de información imperfecta y que el conjunto de dichas casillas –también llamadas nodos- forman lo que se denomina en teoría de juegos conjuntos de información. Así, un juego se denomina de información perfecta si contiene para cada jugador, en cada conjunto de información, una sola casilla decisoria o nodo (Rasmussen, 1996: 63). Si Y está en Y^1 y conserva el libro ajeno, ambos sujetos saldrán ganando, o al menos, no perdiendo nada; si está en Y^1 y decide no cuidar el libro ajeno, Y resultará beneficiado al final del juego en desmedro de X, ya que conservará su libro en buen estado (gracias a las dedicaciones de X) y habrá obtenido un tiempo adicional (el tiempo que no le dedicó al libro de X) así como un ahorro de gastos de conservación, para emplearlos en otras actividades que seguramente le propinarían una mayor satisfacción que cuidar un libro ajeno. Este tipo de comportamiento es el típico **comportamiento oportunista.**

Por otra parte, si Y supiese que se encuentra en Y^2, optar por conservar el libro ajeno lo convertiría en un perdedor para esta relación, ya que invertiría de su tiempo, trabajo y dinero para cuidar un libro que a un momento determinado deberá devolver, para recibir a cambio su propio libro, probablemente en situación calamitosa. Recordemos que la regla no obliga a comportarse siempre en la forma más beneficiosa para la otra parte, sino tan sólo en forma recíproca como lo hace la otra parte. Así, si Y supiese que está en Y^2 y opta por descuidar el libro ajeno, no se le podría recriminar por no conservar el libro ajeno; en este caso ambos sujetos saldrían perdiendo de esta relación.

De la misma forma sucede en el Derecho cuando una regla es de contenido amplio, como es el caso del concepto de la buena fe: Las partes no saben necesariamente como interpreta cada cual el concepto de buena fe y puede comportarse de un modo determinado que no sea el modo adecuado como lo entiende la otra parte. Un tercero, como un juez o árbitro, puede diferir por último de la interpretación que hacen las partes de dicho concepto. Al existir distintas formas de actuar de acuerdo a diversas interpretaciones se da un problema de información imperfecta en tanto las normas nos hacen referencias a criterios de buena fe sin que necesariamente se establezcan que tipo de acciones

dichos criterios comprende. Sin embargo, una regulación extrema del concepto nos llevaría a sostener lo que decía Marguerite Yourcenar en Memorias de Adriano: "Tengo que confesar que creo poco en las leyes. Si son demasiado duras, se las transgrede. Si son demasiado complicadas, el ingenio humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse entre las mallas de esa red tan frágil". (Citado en PUCP, 1994: 205). Por el momento dejamos el tema aquí, con el compromiso de retomarlo en el desarrollo del presente ensayo.

2. La buena fe

Los juristas son conscientes de la amplitud del concepto porque consideran que se trata de algo que trasciende el plano normativo. Así por ejemplo Ferreira señala que la buena fe

> "es un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha reducido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico" (1984: 80).

Este sentido de lo trascendental a lo legal algunos lo hallan como el fundamento de la buena fe y su ubicación en el plano moral:

> "aflora en el hecho ético (...), y no es más que el acto o la acción, integrada con elementos internos y externos, cuya comprensión supone un recorrido que va desde las vivencias psicológicas del agente (...) pasando por la valoración concreta, hasta la proyección de esta última a través de principios hacia aquellos ideales puros, que son por así decirlo, verdaderos paradigmas del obrar humano, en su sentido puramente ideal" (Diccionario Omeba, 1976: 403-404).

Alsina Atienza señala que "en la buena fe reverdece una vez más el parentesco entre moral y derecho" (Citado por Diccionario Omeba, 1967: 404). Ripert por último, también coincide en la vinculación entre la buena fe y la moral, al señalar que,

> "la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo" (Citado por Ghestin, 1988: 203).

Siendo esta la orientación del campo en el cual se debe mover la buena fe según los estudiosos del Derecho, De la Puente realiza una recolección de los diversos significados que varios tratadistas otorgan a la buena fe, siempre ligándola a la moral (1993: T.II, 24).

Así, para Bonfante, la buena fe es la "Ausencia de dolo o mala fe".
Para Windscheid, la buena fe es la "honesta convicción".
Para Tuhr, la buena fe es "la honradez".
Para Gorphe, la buena fe es "voluntad sincera, leal y fiel".
Para Ghestin, la buena fe es "sinceridad y lealtad".
Para Cornu, la buena fe es el "deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad".
Para Miccio la buena fe es "la ausencia de fines ulteriores a la contraparte y que le son dañinos".
Para Planiol y Ripert, la buena fe es "la obligación de obrar como hombre honrado y consciente".

Como lo ha señalado el mismo De la Puente, al tratarse de un tema que se ha incorporado en el Derecho, resultaría más útil comprender la buena fe partiendo de la forma cómo ha sido este concepto legislado (*Op. cit.*: 25). Así volvemos al criterio de los juristas los cuáles entienden que existen dos criterios de buena fe en forma legislativa: la llamada buena fe objetiva (o buena fe lealtad), y la llamada buena fe subjetiva (también llamada buena fe creencia).

Se entiende que nos encontramos ante la buena fe objetiva cuando la misma norma establece la forma como se debe realizar una conducta: con lealtad, honestidad, etcétera. Mientras que nos encontramos ante la buena fe creencia cuando la norma constata una situación de falta de información o conocimiento que amerita que el ordenamiento atribuya ciertos derechos a determinados comportamientos.

Existen dos criterios respecto a la unitariedad de ambas buena fe. Juristas como Ferreira, sostienen que la buena fe es un concepto unitario, y que ambas manifestaciones se integran en una sola. Otros, como De la Puente, consideran que en el fondo se tratan de conceptos dis-

tintos que por "imperativos de moral se unifican bajo un mismo concepto".

En uno u otro sentido, no llegamos al sustrato de la buena fe. En un caso se nos señala que las dos manifestaciones forman un concepto único, sin hacerse mención del común denominador de ambos; por otra parte en el otro caso, se niega el posible origen conceptual de ambos tipos de buena fe, sin haber indagado el sustrato de ambos conceptos.

A nuestro criterio si bien es interesante desde un punto netamente académico tratar de esclarecer si nos hayamos o no ante una unidad conceptual, debemos buscar más allá de ello cuál es la función que cumple la buena fe en la estructuración de lo que conocemos como Derecho Civil Patrimonial, y en general del marco legal en el que se desenvuelve una economía de mercado, en la que hoy estamos inmersos, para de allí buscar si se justifica funcionalmente el mantenimiento de la unidad. Para ello nos permitimos intentar esquematizar conceptualmente ambas formas de buena fe tomando los casos más característicos.

3. Las concepciones clásicas de buena fe objetiva y subjetiva

Partiremos de la definición doctrinaria que se le otorga a ambas y aplicaremos dichas definiciones a una situación estratégica concreta extraída de la ley.

3.1 La buena fe objetiva

Para Messineo (1986: 206), la "observancia de la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato".

Por su parte Puig Brutau (1981: 415) señala que en el caso de la buena fe objetiva "se trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio de valoración, un *standard* o prototipo de conducta, fundado en las reglas

objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales".

Por último, Diez Picazo considera en relación a la buena fe objetiva que "la buena fe es lo que se ha llamado un *standard* jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado".

De la Puente sintetiza las características que la doctrina otorga a la buena fe objetiva; así señala que:

a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

b) Este deber de conducta importa que no se perjudique los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.

c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

d) Esta objetividad no excluye sin embargo que dejen de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

f) El *standard* jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto".

3.2 La buena fe creencia

Como nuestro propósito es más que todo la formulación estratégica de un comportamiento de buena fe, para lo que comprendemos por buena fe creencia, citaremos lo que De la Puente señala, en síntesis, qué debe entenderse por buena fe subjetiva:

a) "Se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene un contenido ético.

b) Esta creencia pese a ser subjetiva, no es candorosa sino razonada,

en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.

c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.

d) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.

e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.

f) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.

g) El Derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia" De la Puente (1993: TII: 30).

4. La formulación estratégica

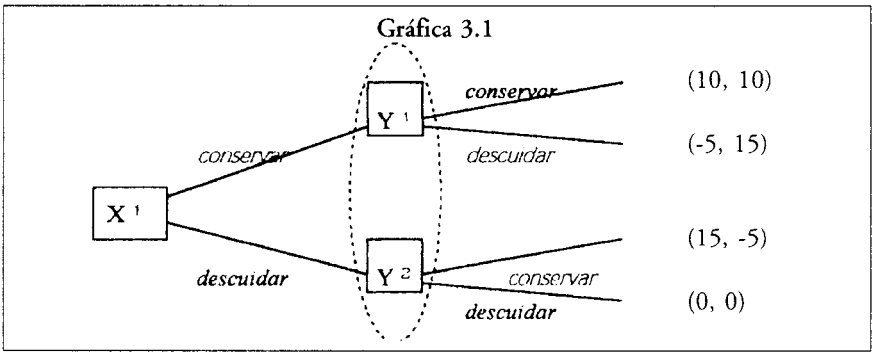
Una norma que podemos tomar como ejemplo para esquematizar el contenido al que se hace mención con la buena fe objetiva, es el artículo 1362 del Código Civil que a la letra dice:

> "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Tomaremos el caso de la ejecución de un contrato para esquematizar cómo se daría una relación con el contenido de la buena fe. Para avanzar sobre lo ya recorrido, imaginemos que en nuestro ejemplo anterior, el deber de otorgarle al libro ajeno un trato semejante o recíproco al que está recibiendo el libro propio en manos ajenas, no está impuesto en norma positiva alguna, sino que es una obligación que se desprende de un contrato firmado entre X e Y. Según la regla contenida en el artículo 1362°, la ejecución de este contrato se debe realizar de buena fe, y según la doctrina, aplicando el criterio de buena fe objetiva. En este caso, nuestra formalización estratégica[3] es la misma que vimos

3 En rigor, este tipo de formalización es la que se conoce en Teoría de Juegos como Formalización Extensiva, ya que por Formalización Estratégica se entiende la formalización mediante cuadros de pagos. Ver Binmore (1994: 31).

en el gráfico 1.1., sin embargo ahora traduciremos el resultado en términos de utilidad para cada uno de los sujetos a través del par ordenado (*x, y*) en el que *x* representa la utilidad de X e *y* la de Y, otorgándoles unos valores tentativos.



- Si ambos conservan los libros recíprocamente ajenos, obtendrán cada uno una utilidad de 10.
- Si X conserva el libro de Y, pero Y descuida el libro de X, X no obtiene ninguna utilidad, y por el contrario pierde los recursos que empleó en el cuidado del libro de Y, por lo que su utilidad es de –5; Y por su parte sale beneficiado con el cuidado de su libro, y adicionalmente con una disponibilidad de recursos para emplearlos en otra actividad siendo así su utilidad de 15.
- Las mismas consecuencias acontecen si X actúa descuidando el libro de Y y Y conservando el libro de X, sino que el valor de los pagos cambian de orden en el par ordenado (x, y).
- Por último, si ninguno coopera en la conservación del libro ajeno, ninguno obtiene utilidad alguna del contrato, siendo lo mismo a no haber contratado. En este caso el contrato habría sido ineficiente y sólo habría significado para las partes costos de transacción sin justificación.

El problema está como lo mencionamos en el primer ejemplo, en que ambos sujetos no saben cómo está actuando el otro, y en tal sentido cada uno tiene que decidir de acuerdo al conocimiento que tienen sobre el otro y la creencia de cómo éste va a proceder. Hemos indicado que la línea punteada engloba el conjunto de información del sujeto Y. Esto significa que Y no sabe si se encuentra en Y^1 o Y^2. A pesar de este problema de información la doctrina entiende que la buena fe objetiva

les impone un deber de actuar en forma **leal**. ¿Pero, qué se puede entender por lealtad?

4.1. Los costos de información y la buena fe creencia

Como ya lo mencionamos con anterioridad, la doctrina tiende a manifestar que el deber de actuar de buena fe implica un *standard* de diligencia en el sentido que no se le puede exigir a nadie un comportamiento por encima del que correspondería "con la conducta social media" teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto (De la Puente, 1993: 34).

Para nosotros, si existe un deber de actuar de *buena fe* , o de actuación en forma leal, este deber no puede ser entendido sin considerar el estado de creencia del cual partirá cualquier tipo de decisión del sujeto; y cuando nos referimos a un estado de conocimiento debemos estar hablando de un *standard* de él, en el sentido que no todo conocimiento es útil. Si hablamos de *standard*, nos estamos refiriendo a un término "que hace alusión al «sentido común», a las concepciones y conductas del trafico «normal» (Esser, en De los Mozos, 1965: 123).

La fijación del *standard* va a venir dado por un análisis costo-beneficio en dos tipos de sujetos decisores: las partes, y el sistema jurídico. Pero debe notarse que es un *standard* que versa sobre el conocimiento que puede adquirir el sujeto, es decir, sobre su aspecto subjetivo. Comenzando por este último, la doctrina entiende, a nuestro juicio con muy buen criterio, que no se le puede imponer una actuación excesivamente onerosa para las partes. Así por ejemplo, el mismo ordenamiento en el artículo 1426º del Código Civil reconoce la posibilidad de que una parte no cumpla del modo previsto en el título:

> "En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento".

Del mismo modo, existen remedios contractuales como la resolución contractual, o la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, que posibilitan a las partes no actuar como contractualmente probablemente estaba previsto.

Por otra parte, si la conducta de un agente resulta negligente, no consideramos que el sistema debe brindarle la protección que le hubiese correspondido de haber actuado de buena fe. El sistema por tanto impone un mínimo de costo en la ejecución de toda prestación que se deba realizar de buena fe. En tal sentido aprovechando el citado artículo 1426°, una parte no podría exigir el cumplimiento de la otra basándose en que esta debía actuar de buena fe. El mismo sistema tácitamente impone los límites.

El problema surge en la determinación del término medio; a nuestro criterio si bien el propio sistema no lo define, es por la imposibilidad de fijar esquemáticamente una fórmula aplicable a todos los casos. Creemos que dicha definición la deja al criterio de razón de los sujetos intervinientes. Y es aquí cuando analizamos el costo-beneficio que significa para dichos sujetos incurrir en el deber de diligencia que impone la buena fe. Los costos de información deben ser menores al beneficio que otorgue contar con dicha información, el cual en otros términos es saber en la posición exacta en la que estratégicamente uno se encuentra.

Costos Información < Beneficio de saber mi ubicación estratégica

El deber de diligencia exigido consiste por tanto en un tema de costos de información razonables, y el estado de buena fe subjetiva va a depender de él.

4.2 La obligación de actuar de buena fe

Hemos visto que el llamado aspecto subjetivo de la buena fe se remite a un problema de costos de información razonables, sin embargo aún subsiste el tema de lo que se entiende por buen fe objetiva. Se dice que nos hallamos ante un deber de actuar lealmente. Nosotros creemos que si bien es cierto existe una obligación de actuar de buena fe, no nos encontramos en estricto ante un concepto desvinculado al de buena fe subjetiva, sino que por el contrario se trata de una consecuencia de encontrarse en un problema de conocimiento determinado habiéndose dispuesto de los recursos razonables. La obligación en sí busca evitar conductas oportunistas, e impone sanción a quien seca partido

de la buena fe subjetiva en que se encuentra la otra parte, a pesar de haber incurrido en los costos de información razonables.

5. A manera de conclusión

Si bien consideramos que el tema de la **buena fe** da para mucho más, su estudio no puede estar referido en un único plano, en el plano de la ética o moral.

A pesar de la simpleza del esquema mostrado, creemos que detrás del principio de buena fe así como otros conceptos a los cuales comúnmente se remiten las normas positivas existe, aparte de la valoración ético-moral, una valoración económica, o si se desea llegar más al trasfondo, una valoración de la Política (con mayúscula) que al menos formalmente persigue una sociedad determinada. A nuestro juicio, resulta claro, que lo que se persigue con mecanismos como la buena fe, es fomentar conductas cooperativas por parte de los sujetos, dejando de lado cualquier tipo de oportunismo, a no ser que la opción cooperativa exceda la racionalidad individual – situación para la cual el Derecho establece también mecanismos como la excesiva onerosidad de la prestación, la cláusula *revus sic stantibus*, o si lo queremos ver fuera del contexto civil patrimonial, la separación de cuerpos y el divorcio.

El problema surge porque los sujetos del Derecho no son entes completamente racionales –en sentido económico- que pueden prever todas las posibles contingencias cuando surge una relación. Muy por el contrario, la realidad siempre nos hace constatar que nuestra racionalidad es limitada, y que en tal sentido siempre estaremos expuestos a conductas oportunistas de los posibles sujetos que entren en algún tipo de relación con nosotros. Si el Derecho no tuviese un fin social, probablemente bastaría establecer las pautas mínimas para los intercambios, y si cada cual tiene problemas de información debido a nuestra inherente racionalidad limitada, será problema de adaptación, o en términos evolutivos, de **selección natural.** Si bien el sistema permite esta opción para supuestos en que no existe nada mejor que la decisión individual para determinar el rumbo de la vida y actividades de los sujetos, no la permite en forma absoluta de modo tal que no sean

posibles porque siempre van a existir sujetos adversos al riesgo que a pesar de que pueden lograr beneficios mediante intercambios determinados, van a inhibirse de optar por esquemas cooperativos tales como la contratación, la formación de personas jurídicas o, por que no decirlo, el matrimonio, debido a que tienen el temor de que otro sujeto con una mayor racionalidad va a sacar un mayor beneficio de estas vinculaciones colocándolos en una situación inferior a como iniciaron.

Así, conceptos como la **buena fe, las buenas costumbres, el orden público**, son a nuestro criterio conceptos cooperativos, que buscan reducir costos de transacción o intercambio (en sentido no sólo económico), en el aspecto de costos de información. En el tema de la buena fe, lo que se busca proteger es la racionalidad limitada de los agentes, debido a que no resulta razonable –haciendo un análisis costo-beneficio- que incurran en excesivos costos de información para saber si otros agentes están actuando, o han actuado, frente a ellos en forma oportunista (caso por ejemplo del que adquiere por prescripción, poseyendo de buena fe).

Se trata a nuestro juicio de un mismo concepto que engloba a la vertiente subjetiva y objetiva, e impone una protección legal a quien razonablemente, ante determinadas circunstancias fácticas o documentales, ha actuado conforme al conocimiento que razonablemente ha obtenido de acuerdo a las circunstancias de los otros sujetos o de los hechos materiales, imponiendo un deber a los otros sujetos de actuar sin aprovecharse del conocimiento del cual dispone la otra parte.

Creemos que el propósito de la buena fe es desde un punto de vista netamente económico, brindar credibilidad en el sistema, más aún tratándose de un esquema de economía de mercado, para el cual sólo mediante los intercambios realizados por propia decisión de los particulares, se llega a la situación de eficiencia óptima. Si no se estableciesen mecanismos como la buena fe, las transacciones se encarecerían o en el peor de los casos no se realizarían, y los recursos no fluirían hacia sus usos más eficientes.

Con respecto a la aplicación de Teoría de Juegos confiamos en que su aplicación sea a futuro una herramienta útil para el análisis estratégico de conductas. Todos los conceptos de cooperación, competición, información y decisión, se derivan de ella, pero en ella se hayan formulados matemáticamente, siendo su espectro más amplio que el del análisis económico.

Bibliografía

De los Mozos, José Luis.
1965 **El principio de buena fe**. Barcelona: Bosch.

Puig Brutau, José.
1981 **Introducción al Derecho Civil**. Barcelona: Bosch.

Ferreira, Delia.
1984 La buena fe. Madrid: Montecorvo S.A.

Messineo, Francesco.
1986 **Doctrina general del contrato**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, T.I.

De la Puente, Manuel.
1993 **El Contrato en General.** Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XI, T. II.

Kreps, David.
1995 **Curso de Teoría Microeconómica**. Madrid: Mc Graw: Hill, 754 p.

Rasmusen, Eric.
1996 **Juegos e información: una introducción a la teoría de los juegos**. México: Fondo de Cultura Económica, 548 p.

Ghestin, Jacques.
1998 ***Le contrat: Formation***. París: L.G.D.J.

Binmore, Ken.
1994 Teoría de Juegos. Madrid: Mc Graw Hill.

Derecho de gestión del trabajador: ¿realidad o espejismo?

Úrsula Valverde Granados

Introducción

El mayor desarrollo legislativo que tuvo el tema de la participación de los trabajadores en la gestión en el Perú, se registró en los años setenta. Es en este tiempo en que se introduce en el ordenamiento jurídico laboral a la figura de las comunidades laborales (emtes colectivos de participación en la gestión, propiedad y utilidades) técnicamente inspiradas en el modelo yugoeslavo y que constituyeron un ensayo de cogestión de los trabajadores en la empresa.

Desde esa fecha en adelante se constata la tendencia en el ordenamiento jurídico de dar marcha atrás en la regulación del tema, restringiendo cada vez más el derecho de participación del trabajador. Lo que concuerda con el escaso tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina. Las razones de lo que bien podría llamarse «animadversión· del sistema son de tipo histórico. Se fundan en el hecho de que la gestió tal y como fue planteada en los setenta no alcanzó sus objetivos, la participación del trabajador nunca fue una realidad, los trabajadores permanecieron indiferentes.

Es justamente esta falta de tratamiento jurídico que hay del tema en nuestro país lo que anima la presente investigación.

Nos hemos planteado analizar desde un punto de vista jurídico la participación en la gestión de los trabajadores, porque hay un gran vacío doctrinal en el Perú sobre esta cuestión y un no menos notorio interés de nuestro legislador en obviar su tratamiento. Situación que no deja de asombrarnos ante la visión de una mayoría de países europeos que regulan la participación en la gestión –si bien en diferentes

grados y sobre diversas materias- en el nivel de derecho interno e incluso a nivel de derecho comunitario*.

Consideramos por ello, que el tema tiene plena vigencia, que el olvido legislativo nacional debe superarse y en ese sentido la presente investigación pretende ser, sobre todo, una propuesta de investigación.

Para el inicio en el análisis de la institución jurídica de la participación en la gestión efectuaremos una primera aproximación al tema, valiéndonos para ello de las opiniones de la doctrina extranjera. Ello nos proporcionará los elementos de juicio necesarios para examinar el régimen jurídico de participación de los trabajadores en la empresa peruana.

Con esta intención, la investigación ha sido dividida en tres capítulos.

El primero pretende proporcionar los conocimientos básicos, indispensables, para el análisis de cualquier sistema de participación en la gestión. Es en este capítulo donde se descubre la naturaleza del derecho de participación en la gestión, como límite al *ius variandi* del empleador y se recoge la opinión de los autores más reconocidos en la materia, en aspectos claves, como son, el sujeto y objeto del derecho y las peculiaridades de su ejercicio (grados, materias e instrumentos).

El segundo capítulo trata del sistema de participación peruano. Con los conceptos aportados por el capítulo anterior, se intenta un planteamiento general del ordenamiento jurídico peruano sobre participación en la gestión. Se analizan los efectos jurídicos de las disposiciones constitucionales en la materia, y se descubre la incongruencia legislativa al interior del Decreto Legislativo 677, norma que regula la participación en el Perú.

Hecho el diagnóstico preliminar, se presentan posibles soluciones.

Se espera haber cubierto las expectativas generadas con el planteamiento de la investigación, si bien se debe reconocer que es un objetivo muy ambicioso el que nos hemos trazado, no es menos cierto también que las grandes empresas sólo se acaban si se comienzan.

---

* Según lo dispone la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas comunitarias.

1. Participación en la gestión

1.1 Definición

1.1.1 Delimitación del tema

La doctrina mayoritaria coincide en afirmar que la participación en la gestión no es más que una forma de participación de los trabajadores en la empresa[1].

De esta manera los autores diferencian hasta tres formas de participación en la empresa: la participación en las utilidades, en la propiedad y en la gestión. Explica Ermida Uriarte[2] que ésta es una clasificación del fenómeno de participación en función de su objeto. Por lo que en principio cada tipo de participación se define por su objeto.

Partiendo de este punto y siendo la participación en la gestión el tema de esta investigación, en un intento por definirla se analizará primero su objeto.

1.1.2 Objeto de la participación en la gestión

Al precisar el concepto de participación en la gestión los autores hablan de injerencia de los trabajadores en la administración de la empresa[3], en la toma de decisiones[4], y otras similares.

Pero, en términos jurídicos ¿qué significa esto?

En opinión de Bernardoni y Zuleta[5] esta injerencia del trabajador en la administración o en la toma de decisiones en el plano jurídico implica "...que el objeto de la participación es el poder de dirección del empleador".

---

1 Cfr. O. Ermida, **Derecho Colectivo del Trabajo: materiales de enseñanza**, Lima, PUCP, 1988, p.66; T. Obregón, "La Constitución de 1993 y los trabajadores en la empresa", **Asesoría Laboral, enero de 1994, p. 23; J.J. Martínez,** "Círculos de Calidad ¿Participación de los trabajadores en la empresa? A propósito de los comités de Producción y Productividad", **Themis,** N° 34 noviembre de 1996, p. 125.

2 Cfr., Oscar Ermida, ***Op. cit.***, p. 66.

3 Cfr., E. Morgado. "Participación de los trabajadores en la empresa", **Análisis Laboral,** marzo de 1995, p. 13.

4 Cfr., T. Obregón, *Op. cit.*, p. 23.

5 M. Bernardoni de Govea y C. Zuleta de Merchan, **Análisis sobre la cogestión y otras formas de participación,** Universidad de Zulia, Maracaibo, 1985, p. 14.

Este poder de dirección nace de la celebración de un contrato de trabajo

Por la celebración de un contrato de trabajo las partes intervinientes (trabajador y empleador) asumen obligaciones y derechos. El trabajador está obligado a prestar sus servicios al empleador, por los cuales tiene derecho a ser remunerado. El empleador, a su vez, adquiere para sí los frutos del esfuerzo del trabajador y por ello debe pagarle.

Sin embargo, el empleador no sólo debe remunerar el trabajo sino que para conseguir la utilidad que persigue el contrato, es necesario que lo dirija dando órdenes sobre el modo, lugar y tiempo en que debe realizarse. En opinión de Alonso Olea[6] "...tiene derecho al trabajo en sí mismo en cuanto encaminado a la obtención de los resultados queridos".

Es a este derecho, nacido de la voluntad contractual que la doctrina le denomina poder de dirección o *ius variandi*.

Y es sobre el ejercicio de este derecho que actúa la acción participativa del trabajador.

En este sentido, la participación del trabajador en la gestión de la empresa implica compartir el poder de dirección, antes exclusivo del empleador.

1.1.3 Sujeto de la participación en la gestión

En cuanto al sujeto titular del derecho de participación en la gestión, el que comparte el poder de dirección del empleador, es el colectivo de los trabajadores[7].

Esta es la idea que subyace en la elaboración de los instrumentos de participación[8]. Por ello se crean entes colectivos que representen a los trabajadores, porque éstos no tienen atribuido el poder de gestión de manera individual sino grupal.

Según lo expresa claramente Bernardoni y Zuleta[9] "...el sujeto titular del derecho de participación (...) es el colectivo de los trabajadores".

6 M. Alonso, **Introducción al Derecho del Trabajo**, 3era. Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 216.

7 Cfr. J.J. Martínez, ***Op. cit.***, p. 129.

8 Se tratará este tema con más detalle en el punto 1.5 de este capítulo. Baste por ahora decir que todos los instrumentos a través de los que se viabiliza la participación en la empresa implican la elección de representantes.

9 Bernardoni y Zuleta, ***Op. cit.***, p. 15.

Concebir la participación de manera individual, no parece viable.

Al ser trabajador individual el sujeto titular del derecho de participación, la subordinación al empleador se pierde por completo. Cada trabajador tendría atribuida la facultad de por lo menos cuestionar las decisiones del empleador, en lo referente a la ejecución de su labor en particular.

Al ser el colectivo de trabajadores el titular del derecho de participación en la gestión, la subordinación no desaparece pues solo se está reconociendo la facultad de cuestionar las decisiones del empleador relativas a lo que se podría llamar "...las condiciones generales de trabajo", aquellas que por el grupo de trabajadores comparten. El empleador aún podrá tomar unilateralmente las decisiones que le parezca, en cuanto a la prestación del servicio de cada trabajador en particular.

1.1.4 Derecho de participar en la gestión

La facultad de participación del colectivo de los trabajadores es calificada de manera unánime por la doctrina como un derecho del trabajador[10].

A nivel constitucional, en Latinoamérica es reconocido como tal en las constituciones de Brasil y Nicaragua[11]. Igualmente, en Europa, en Francia, Italia y Portugal.

A nivel legislativo, Alemania, Francia, Bélgica, Luxemburgo y Portugal, establecen que la participación en la gestión es un derecho[12].

La doctrina peruana no indaga sobre el fundamento del derecho de participación. Es éste un tema que al parecer suscita poco interés en los autores, o por lo menos sobre el que hay poco interés en pronunciarse. Todos parten del hecho que está reconocido como derecho por el ordenamiento nacional y extranjero, luego se enfrascan en discusiones doctrinales sobre su correcta regulación legislativa y constitucional. Parecen aceptar como fundamento su positivación.

---

10 Cfr. T. Obregón, *Op. cit.*, p. 23; J.J. Martínez, *Op. cit.*, p. 125; T. Sala y I. Albiol, **Derecho Sindical**, 4ta. Edición, Ed. Tirant to Blach, Valencia, 1996, p. 186.

11 Cfr. R. Marcenaro, "El Trabajo en la nueva Constitución", en AA.VV., **Serie Lecturas sobre temas Constitucionales**. N° 10, 1era. Edición, Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 199.

12 Cfr. T. Sala y I. Albiol, *Op. cit.*, p. 184.

Este derecho, como todo derecho, puede tener como fuente la ley o el acuerdo de las partes. Asimismo, puede ejercerse en distintos grados y sobre distintas materias según lo determinen las partes o la ley. Todas estas cuestiones serán materia de los siguientes puntos.

1.2 Fuentes de la participación en la gestión

En doctrina la denominación de las fuentes de la participación varían. Algunos las denominan fuentes autónomas y heterónomas[13], otros hablan de fuentes legales y convencionales[14], pero el criterio para diferenciarlas es el mismo para todos, las fuentes se distinguen según sean impuestas o voluntarias.

Así, a grandes rasgos, un sistema de participación puede tener como origen una norma estatal o una norma o acto voluntario.

La norma legal como la denomina Ermida Uriarte[15] "...la legislación en sentido amplio", pueden ser la constitución, la ley y el reglamento. Al respecto no hay mayor contradicción entre los autores, salvo la denominación de la norma, lo que depende de cada ordenamiento jurídico en particular.

Sin embargo, si hay una crítica muy difundida entre los autores[16] a este tipo de fuente. Y es que atendiendo a su carácter general y según lo demuestra la experiencia, la ley o el reglamento pueden no contemplar situaciones especiales que tornen inapropiadas o insuficientes los mecanismos de participación que se establecen.

En cuanto a las normas voluntarias hay discusión. Sólo debe considerar al convenio colectivo, o también al mero acuerdo entre las partes o contrato? La divergencia se origina de la consideración de que el sujeto titular de la participación puede ser el trabajador individualmente considerado. Como ya se ha comentado, en el punto 1.3 de este capítulo, no parece que el sujeto del derecho lo puede ejercer individualmente, por lo que –en estricto- la participación como derecho no tendría por fuente un contrato. En este caso parece que se tratase más

13 Cfr. *Ibid.*, p. 183.
14 Cfr. O. Ermida, ***Op. cit.***, p. 59.
15 Cfr. *Ibidem.*
16 Cfr. E. Morgado, ***Op. cit.***, p. 16; y O. Ermida, ***Op. cit.***.., p. 69.

de una delegación del patrón de algunas funciones a su subalterno, necesarias para el desempeño de su labor, caso típico del personal de dirección (decisión sobre fijar horarios de su área, por ejemplo). Pero en todo caso este tipo de contratos, permite siempre una fiscalización del patrón, quién siempre podrá modificar la orden dada por el subalterno[17].

Esta dicotomía en la clasificación de las fuentes es asumida en derecho comparado. De esta manera existen países en el mundo que tienen normas legales como fuente de su sistema de participación (Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo o Portugal)[18] y otros cuyas fuentes son voluntarias (por convenios colectivos nacionales: Dinamarca; por convenios colectivos sectoriales o de empresa: Irlanda o Gran Bretaña)[19].

1.3 Grados o intensidad de participación en la gestión

El derecho de participar en la gestión puede ejercerse en distintos grados, con distinta intensidad, según convengan las partes o lo establezca la ley[20].

En la doctrina se reconocen varios y distintos niveles de participación que van desde el derecho a ser informados de la marcha de la empresa hasta el ejercicio pleno de la dirección de la empresa por el personal[21].

Analizaremos cada uno de ellos clasificándolos en tres grandes grupos: participación bajo la forma de cooperación o colaboración, cogestión y autogestión[22].

1.3.1 La colaboración o cooperación

Bajo esta denominación se agrupan todas aquellas formas de participación en la cuales la intervención del personal. Sea activa o pasiva, pre-

17 Mayor explicación del tema se encuentra en el punto 1.3 de este capítulo.

18 Cfr. T. Sala y Y. Albiol, *Op. cit.*, p. 184.

19 Cfr. *Idem*, p. 184.

20 Siendo ambas fuente de derecho.

21 Cfr. Manuel García Fernández, **La participación del trabajador en la gestión de la empresa**, Ed. Prensa Española, Magisterio Español y Editora nacional, Madrid, 1976, p. 33.

22 Cfr. Manuel García Fernández, *Op. cit.*, pp. 57-95.

via o posterior a la decisión del empleador no llega a ser vinculante para éste[23]. Dentro de este grupo se encuentran:

a) El derecho a ser informados antes de que el empleador tome una decisión: derecho de información[24]

b) El derecho a ser consultados de forma previa antes de que una decisión sea tomada, aunque la opinión de los trabajadores no obligue a la administración: derecho de consulta[25] y,

c) El derecho a controlar de manera permanente la marcha general de la empresa, emitiendo críticas que deben ser escuchadas por el empleador: derecho de control[26].

Considera Obregón Sevillano en una posición peculiar que éstas no son verdaderas formas de participación en la gestión[27] "...porque la gestión comprende todo un proceso global que comprende el conjunto de decisiones (órdenes, sugerencias, evaluaciones, etc.) que necesita una empresa para desarrollar sus objetivos".

Contrariamente afirma García Fernández[28] que "...un buen sistema de gestión participativa descansa, fundamentalmente, en la creación de un buen sistema de información (...) Junto a la creación de unos buenos canales de información se estructuran una serie de labores de asesoramiento y consulta. El resultado de todo ello es que el proceso de elaboración de una decisión es, en mayor medida, colectivo, aún cuando su adopción sea unipersonal.

---

23 Cfr. Oscar Ermida Uriarte, ***Op. cit.***, p. 70, Manuel García Fernández, *Idem,* pp. 57-73.

24 Ejemplo en el Derecho Español: la competencia del comité de empresa señalada por la R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo en su Art. 64 7°.- "Ser informado de todas las sanciones impuestas por falta muy graves".

25 Ejemplo en el Derecho Español: la competencia del comité de empresa señalada por la R.D. Leg 1/1995, de 24 de marzo en su Art. 64 4° a).- "Emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre las siguientes cuestiones: a) Reestructuraciones de planilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella".

26 En Derecho Español la competencia del comité de empresa citada en la R.D. Leg. 1/1995, de 24 marzo en su Art. 64 9° b).- "Ejercer una labor:
b) De vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en el artículo 19 de esta Ley".

27 T. Obregón, ***Op. cit.***, p. 24.

28 Cfr. *Ibid.*, pp. 29-30.

Al comentar el punto de vista de García Fernández es obligado notar que el autor se refiere a la eficacia de la participación del trabajador en la empresa. Si bien en términos de eficacia puede ser que el nivel de la información sea esencial para que el sistema participativo funcione, de lo que se trata es de determinar si ese nivel comporta o no una injerencia en el poder de dirección del empleador. Vale decir, si en términos jurídicos estamos hablando de participación en la gestión.

Desde que, como lo reconoce el propio García Fernández al decir que la decisión es tomada de manera unilateral por el empleador, nos encontramos con un solo agente decisor no parece acertado decir que exista una participación en la gestión. Sin embargo, es obligado anotar que, la doctrina mayoritaria sigue considerando al nivel de la información y la consulta como una forma de ejercer el derecho de participación en la gestión[29]. Ello obedece a que el trabajador en estos casos participa cuando su crítica o comentario es sometido a consideración.

1.3.2 Cogestión

La cogestión es definida por los autores como la participación que permite que los trabajadores intervengan efectivamente en la gestión o dirección de la empresa.

Según lo explica Ermida Uriarte[30] "implica que las decisiones no pueden ser adoptadas sin que los trabajadores hayan tomado parte en el proceso de adopción de la decisión".

Pero no supone un poder de gestión absoluto[31] pues si bien es indispensable que el personal participe en el proceso de toma de la decisión, no lo es que la cuota de poder que detenta en ese proceso sea igual a la que detenta el empleador. Por eso la cogestión puede ser paritaria o minoritaria[32].

Algunos autores hablan de participación mayoritaria, pero ella se asimila en sus efectos prácticos a la autogestión por lo que no se ha considerado como un tipo de cogestión. Por medio de la cogestión

29 Cfr. O. Ermida, *Op. cit.*, p. 70; T. Obregón, *Op. cit.*, p. 24.

30 O. Ermida, *Op. cit.*, p. 70.

31 Como se verá más adelante, en el punto 3.3 de este capítulo, esto implicaría una participación autogestionaria.

32 Cfr. T. Obregón, *Op. cit.*, p. 24.

mayoritaria no se pueden tomar decisiones contrarias a la opinión de los trabajadores, por lo que en la práctica el poder de dirección es exclusivo de éstos. Es minoritaria cuando los trabajadores están en minoría ante el empleador por lo cual la decisión puede ser adoptada con su participación pero eventualmente contra su opinión. Es paritaria cuando el peso de la opinión de una y otra parte es el mismo, con lo cual ninguna decisión puede ser adoptada sin el acuerdo entre las partes.

1.3.3 Autogestión

En este caso es el personal el que de forma exclusiva y excluyente, dirige la empresa.

El colectivo de los trabajadores ejerce el poder de dirección de manera exclusiva.

En opinión de García Fernández[33], constituye el más avanzado de los medios de participación del trabajador. Mientras que Ermida Uriarte[34] cuestiona la validez de la calificación de la autogestión, como forma de participación en la gestión. Argumenta que es discutible que en este caso se pueda hablar propiamente de participación desde que en la autogestión se desplaza a una de las partes, la que es íntegramente sustituida por la otra y no parece posible participar sino entre dos.

En efecto, al definir el objeto del derecho de participación[35] quedo claro que la participación en la gestión importaba compartir ese poder de dirección antes exclusivo del empleador.

Se hizo referencia a la palabra compartir porque de asumir por completo los trabajadores el poder de dirección se desnaturalizaría el contrato de trabajo, ya no estaríamos ante una relación de tipo laboral (entre trabajadores y empleados) pues cualquier nivel de subordinación por parte del trabajador se pierde, perdiéndose así la característica fundamental del contrato de trabajo[36].

33 Cfr. M. García, *Op. cit.*,. p. 85.
34 Cfr. O. Ermida, *Op. cit.*, pp. 70-71.
35 En el punto 1.2 de este capítulo.
36 Como contraparte al poder de dirección del empleador.

1.4 Materias de participación en la gestión

El objeto de la participación en la gestión es el poder de dirección del empresario, el cual puede estar referido a cualquiera de los cuatros sectores, en que suele clasificarse la actividad empresarial[37]:

El sector económico o financiero (previsiones y programas de producción e inversión, reparto de beneficios, reservas, etc.); sector técnico, referido a las condiciones técnicas de producción o distribución de bienes o servicios; sector profesional, referido a las condiciones de empleo del personal (ingresos, traslados, jornada, disciplina, despidos); sector social, referido a las denominadas obras o servicios sociales (comedores, escuelas, fundaciones, mejoras de seguridad social, etc.)

Sin embargo, reconoce la doctrina que en líneas generales existe, en el derecho comparado, una tendencia a instaurar formas participativas alrededor de los sectores profesional y social, siendo menor la tendencia en los demás sectores[38]. Considera la doctrina que la tendencia es menor en estos sectores porque "...tales temas son considerados como el núcleo tradicional de las prerrogativas de la empresa". Al igual que es menor la intensidad con que en los sectores económico y técnico se permite la participación.

1.5 Instrumentos de participación en la gestión

Se considera que existen dos modelos participativos, uno denominado orgánico o institucional y otro denominado inorgánico o conflictivo. La diferencia estriba en la forma de constitución de ambos, la naturaleza de su función, y los medios que tienen para alcanzar sus objetivos[39].

El primero es el constituido por órganos ajenos a la estructura sindical, cuyos miembros son elegidos por todos los trabajadores de la empresa. El segundo es el constituido por órganos sindicales, elegidos por los afiliados al sindicato.

La participación conflictiva nace como la primigenia forma de representación de los trabajadores, ante la necesidad de la reivindicación

37 Cfr. T. Sala y Y. Albiol, *Op. cit.*, p. 183.
38 Cfr. E: Morgado, *Op. cit.*, p. 16.
39 Cfr. E. Ermida, *Op. cit.*, p. 71; Sala, T. Y Albiol, I., *Op. cit.*, p. 183.

de sus derechos mínimos. El sindicato se muestra como una manera de contratar las condiciones de trabajo en una posición de igualdad, al menos teórica, entre trabajadores y empresario. Es un nivel primigenio de gestión en el sentido de que no permite usar al empleador su poder de dirección de forma abusiva.

La participación institucional nace como una forma alternativa de representación a la sindical. Por ser posterior históricamente, no reducirá su función a un plano reivindicativo sino que regulará junto con el empleador las relaciones de trabajo, en cuestiones no siempre referidas a mínimos laborales. Así, por ejemplo, en la República Federal Alemana el consejo de empresa debía aprobar los cuestionarios relativos al personal, es decir los principios de evaluación[40]. Ello implica una regulación en positivo, algo más que una regulación de mínimos laborales.

En razón a su función, los medios que utiliza para alcanzar sus objetivos son también distintos. En la participación conflictiva la falta de acuerdo en un proceso negociador, que no es otra cosa que un proceso de toma de decisiones, va acompañado normalmente de la huelga; mientras que la falta de acuerdo en un mecanismo de participación institucional (de consulta o codecisión), y concluye normalmente en un arbitraje. En las empresas de la RFA con más de cinco trabajadores estables se le denominaba el órgano de conciliación[41].

Parece válido afirmar que ésta última comporta un nivel más perfecto de gestión en el sentido de que comparte el poder de dirección del empresario, no simplemente lo limita en el ejercicio abusivo del mismo.

Hasta aquí se entiende bien que la participación en la gestión puede revestir estas dos formas. En adelante centraremos nuestro estudio tan solo en forma institucional por ser el tema de nuestra investigación.

40 Cfr., Con lo dispuesto en los Art. 1 y 94 de la Ley de 15 de enero de 1972 sobre Organización de las empresas, trad. Cast. Instituto de Estudios Económicos. **La participación de los trabajadores en la empresa**, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1970, pp. 69 y 88.

41 Cfr., lo dispuesto en el Art. 76º de la Ley del 15 de enero de 1972 sobre Organización de la empresas, trad. Cast. Instituto de Estudios Económicos, ***Op. cit.*** p.84

1.5.1 Participación institucional en la gestión

En este punto nos remitimos a lo expuesto en el punto 1.5 agregando que ésta puede ser interna o externa, y ésta última, a su vez, unipersonal o colegiada[42].

1.5.1.1 Participación institucional interna

La participación institucional interna consiste en la integración de representantes laborales en los órganos directivos de la empresa. No hay un órgano participativo propiamente dicho, sino que la participación se hace en los órganos de dirección propios de las diversas formas jurídicas que adoptan las empresas (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, etc.)[43]. La integración de los trabajadores en los órganos de dirección es generalmente minoritaria[44], pero se registran casos de composición paritaria, como en la industria minera y siderúrgica[45] y en todas las empresas de más de 2000 trabajadores de la RFA[46].

Esta fue la forma adoptada en el Perú, por el antiguo régimen[47].

1.5.1.2 Participación institucional externa

La participación institucional externa es la forma más típica de participación orgánica[48].

Consiste en la creación de órganos diferentes a los órganos directivos de la empresa. Son calificados como "órganos participativos por excelencia", no en el sentido que sean mejores que la participación

42 Cfr. O. Ermida, *Op. cit.*, p. 72; Manuel García Fernández, *Op. cit.*, pp. 57-70.

43 Cfr., O. Ermida, *Op. cit.*, p. 74

44 Cfr., O. Ermida, *Op. cit.*, p. 71

45 Cfr., Con lo dispuesto en los Arts. 1. 1°, 4.1° y 13.1° de la Ley de 21 de mayo 1951, sobre Cogestión de los trabajadores en los Consejos de Vigilancia y Directorios de las empresas de minería, carbón y empresas productoras de hierro y acero, trd. Cast. Institutos Económicos, *Op. cit.*, p. 105 y 107.

46 Cfr., Con lo dispuesto en los Arts. 1.,7. y 33 de la Ley de 4 de mayo, sobre Cogestión de los trabajadores, trd. Cast. Institutos Económicos, *Op. cit.*, pp. 125-127 y 133.

47 En el régimen anterior al Dec. Leg. 677 (02-10-91), regido por los decretos leyes 21798, 22329, 22333 y 19020 que establecían representantes de los trabajadores en los órganos directivos.

48 Cfr. M. García, *Op. cit.*, p. 74.

interna, sino en el sentido de que su función exclusiva o primordial es la participación.

Estos pueden clasificarse en unipersonales o colegiados.

El órgano unipersonal es un delegado de personal o delegado de empresa, fórmula que generalmente se reserva para las empresas cuyo número de trabajadores es inferior a una determinada cifra, sobrepasada la cual se impone el órgano colegiado[49]. No obstante, puede darse que en las empresas con personal superior al tope en cuestión, coexisten el órgano colegiado principal con delegados del personal que se le atribuyen cometidos específicos adicionales. Este era el caso de los delegados de personal y adolescentes en las empresas de la RFA[50].

El órgano colegiado puede tener distintas denominaciones según los distintos sistemas nacionales (en Francia y España se les llama comités de empresa; en Italia, comisiones internas; en Holanda y en la RFA se les denomina consejos de empresa)[51].

En opinión de García Fernández[52] "...pueden ser unitarios o mixtos, en el sentido de ser compuestos exclusivamente por trabajadores o compuestos por representantes de los trabajadores y de los empleadores (en número equivalente o dispar)".

La designación de los delegados del consejo de empresa puede ser hecho directamente por el personal (reunido en asamblea o por sufragio directo), por el sindicato o en forma mixta (por ejemplo por el personal uno y otro por el sindicato, o todos los delegados por el personal pero sobre listas propuestas por el sindicato o designación sindical sobre nóminas propuestas por el personal)[53].

Las atribuciones de los miembros de los consejos de empresa dependen, en rigor, del grado de participación que le ha otorgado la norma legal o convencional al órgano en cuestión.

49 Cfr., O. Ermida, *Op. cit.*, p. 72.

50 Cfr., Arts. 32º y 60º de la Ley del 15 de enero de 1972, trad. cast., Instituto de Estudios Económicos, *Op. cit.*, pp. 75 y 80.

51 Cfr., *Ibid.*, pp. 9,27,43,69 y 137.

52 M. García, *Op. cit.*, pp. 59-60.

53 Cfr., O. Ermida, *Op. cit.*, p. 72.

2. Panorama jurídico peruano

Como se planteara en un principio se hace necesario para el análisis del sistema jurídico peruano en materia de derecho de gestión, el conocimiento del tratamiento del tema en el derecho comparado, y por la doctrina autorizada. Con estos datos, esbozados en el capítulo antecedente, se pasará a identificar las características del planteamiento peruano en este tema.

2.1 Planteamiento constitucional

A nivel constitucional nuestro ordenamiento contempla el tema de la participación de los trabajadores en su Art. 29º, que dice a la letra:

> "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación"[54]

Como se comprueba de su lectura, el texto constitucional no hace referencia al derecho de gestión, al menos no textualmente, como si se hizo en la Constitución de 1979[55]. Tampoco se precisa qué formas de participación son las que el Estado tiene obligación de promover.

En relación con esto último opina Marcenaro Frers[56] que "...el constituyente asume una actitud moderada al no obligar a las empresas a otorgar participación en la gestión y propiedad."[57], infiere el autor, como lo hace la mayoría de la doctrina consultada[58], que esta frase alude al derecho de participación en la gestión y propiedad del trabajador, interpretación que, en opinión de Enrique Bernales, no es la única. El citado autor opina que si bien "... el artículo permite otras

54 Artículo 29 de la Constitución de 1993.

55 Art. 56º. "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad de las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide".

56 Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad del CCD, encargada de la modificación de la Constitución de 1979 en la parte pertinente.

57 R. Marcenaro, *Op. cit.*, p. 198.

58 Cfr., T. Obregón, *Op. cit.*, p. 25; E. Bernales, *Op. cit.*, p. 230; C. Blancas, *Op. cit.*, p. 108.

formas de participación del trabajador en la empresa, probablemente en la gestión y tal vez en la propiedad... no es específico en la materia y por tanto queda como una posibilidad sujeta a varias interpretaciones y aplicación".

Tal parece ser que en la fuerza argumental de la posición que ve el reconocimiento del derecho de gestión en este artículo, estaría en una interpretación extensiva del mismo, que considera su antecedente constitucional. Sin embargo, coincidimos con Enrique Bernales y consideramos que tal no ha sido el espíritu de la ley. Que si bien el constituyente no niega el derecho de gestión al trabajador, tampoco se lo ha querido reconocer expresamente, como si se ha hecho en materia de participación en utilidades. De lo contrario, no se entiende la modificación constitucional.

Sin embargo, aún poniéndonos en el supuesto que el legislador con esta frase haya querido referirse a la participación en la gestión y la propiedad ¿qué significa que el Estado promueva la participación en la gestión?, ¿cuáles serían los efectos jurídicos de tal disposición constitucional?

En este punto sorprende la claridad de Obregón Sevillano[59] al decir que no significa que se niegue el derecho a participar en la gestión, sino que no se obliga al legislador a establecerlo vía infraconstitucional "...es decir, si por legislación posterior se establece el derecho de los trabajadores a participar en la gestión ello cabría al amparo de la Constitución. Pero, asimismo, si no se llegara a establecer, ello no sería inconstitucional".

Sobre el particular y tal vez por aquella "animadversión" del sistema sobre la que advirtiéramos al inicio, no se han vertido mayores comentarios. Es así que, en nuestra opinión, los efectos jurídicos de esta lectura constitucional no serían otros que la desaparición, o por lo menos la restricción de la posibilidad que el derecho de gestión se vea protegido vía acciones de garantía. Un ejemplo hipotético puede ilustrar nuestro punto de vista. ¿Ante la dación de una ley que derogue el derecho de participación, actualmente reconocido por el Dec. Leg. Nº 677, se podría hablar de inconstitucionalidad de la misma? Probablemente en la parte tocante al derecho de participación en las utilidades

59 Cfr., *Ibid.* p. 26.

el tema merecería una rotunda afirmación, pero en cuanto al derecho de gestión, la respuesta no es tan clara. La constitución señala que el Estado está obligado a promover otras formas de participación, ¿debe hacerlo vía legislativa, o se trata de decisiones políticas a nivel ejecutivo que fomenten la participación? Ante esto parece acertado decir que, en principio, no se podría afirmar la inconstitucionalidad de esa ley, desde que no hay expresa contradicción con lo dispuesto por la Constitución. Creemos que el mismo razonamiento puede aplicarse en la contestación al ejercicio de otras acciones de garantía, en refuerzo de nuestra posición.

Avanzando con nuestra investigación se comprueba que, el texto constitucional no se pronuncia sobre la fuente de la que emana la participación en la gestión. Al respecto Enrique Bernales apunta que si bien no hay obligación de legislar al respecto, nada en el texto constitucional impide el establecimiento, vía convenios colectivos, de este derecho. Y, coincidiendo con él, añade Marcenaro Frers[60] que esta es la manera más adecuada de regular el tema de la participación. El Estado no debe imponerla sino propiciar que sea producto de la voluntad de las partes.

Tampoco se desarrolla el grado o intensidad con que ésta se ejercerá, ni sobre las materias en que incidirá la misma. No se hace mención al instrumento a través del cuál la participación será viable. Y si bien, en este último caso la legislación infraconstitucional ha escogido el sistema institucional, nada en la legislación constitucional impide a las partes optar dentro de él por cualesquiera de sus variantes[61].

En este orden de ideas, es interesante anotar, que si bien el desarrollo legislativo del Art. 29° de la Constitución, apuesta por una opción institucionalizada del ejercicio del derecho de gestión, el Art. 28° de la misma[62] reconoce los derechos de sindicalización, negociación colecti-

60 Cfr. R. Marcenaro, *Op. cit.*, p. 199.

61 Según quedo explicado en el punto 3 del capítulo 2.

62 Artículo 28°.- "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones."

va y huelga. Es decir la participación inorgánica o conflictiva del trabajador es un derecho de rango constitucional y goza de toda la protección que ello implica y que hemos ya comentado, por lo que será siempre un sistema obligatorio a instaurar en una relación laboral que se ajuste a derecho.

2.2 Planteamiento legislativo

Al nivel legislativo es el Decreto Legislativo 677[63] el que regula el derecho de participación en el derecho peruano, como lo explican sus consideraciones previas[64], sus disposiciones configuran el sistema jurídico peruano en materia de participación en la gestión. Sin embargo, creemos que no es la única norma a consultar sobre el tema. El Decreto Legislativo 892[65] que modifica la participación en las utilidades, es relevante, puesto que incide en el tratamiento legal del tema, la misma que hasta hoy no ha sido estudiada por la doctrina especializada.

De esta manera, el Dec. Leg. N° 677 norma el derecho de participar en la gestión del trabajador, en la siguiente forma.

Según su Art. primero[66] (67) gozan del derecho a participar en la gestión todos los trabajadores de empresas sujetas al régimen laboral de la actividad privada cuyas actividades resultaran generadoras de renta de tercera categoría[67]. Sin embargo, se excluyen de este grupo a las empresas autogestionarias, cooperativas y comunales, las individuales, las sociedades civiles y en general todas aquellas que no exceden de veinte trabajadores, según lo disponía su artículo décimo (68). Igual-

63 Decreto Legislativo 677 promulgado el 07 de octubre de 1991. En adelante Dec. Leg. 677.

64 "Que a fin de promover la inversión en todos los sectores de la actividad económica y al mismo tiempo integrar a los trabajadores en un proceso de participación que aumente el empleo y le permita invertir en forma libre en las empresas a que pertenecen, es necesario sustituir los diversos regímenes de participación laboral existentes por un régimen común cuya aplicación se extienda a todas las empresas generadoras de renta de tercera categoría".

65 Decreto Legislativo 892 promulgado el 11 de noviembre de 1996. En adelante Dec. Leg. 892.

66 Art. 1 "El presente Decreto Legislativo, regula la participación en la utilidad, gestión y propiedad de los trabajadores de las empresas que desarrollen actividades generadoras de Renta de Tercera Categoría y que están sujetos al régimen de la actividad privada".

67 Cfr. Art. 28° de Dec. Leg. 774 (31/12/93).

mente, se encuentran fuera de su ámbito de aplicación las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Legislativo 704[68].

El derecho de participación en la gestión era definido en su Art. 6°. Se establece que los trabajadores participan de la gestión a través de comités destinados a mejorar la producción y productividad de la empresa. Estos serán integrados por no menos de dos representantes de la empresa y por un representante de los trabajadores.

En torno a esta disposición surge la discusión sobre la naturaleza de estos comités, siendo principalmente dos las opiniones vertidas. Unos opinan que se trata de un intento por introducir a nuestra legislación los conocidos círculos de control de calidad japoneses[69], ahora también adoptados por los Estados Unidos (como es el caso de la General Motors), y otros opinan que se trata más bien de copiar los comités o consejos de empresa existentes en Europa[70].

Analicemos estas dos posibilidades.

La primera, afirma que estos comités de producción y competitividad serían los denominados círculos de calidad. Estos son mecanismos a través de los cuáles se hace efectiva la calidad total en la empresa. Se trata de pequeños grupos de trabajadores pertenecientes a una misma sección, que voluntariamente se reúnen periódicamente y en el centro de trabajo, para estudiar problemas concretos (uso de herramientas, agilización de la producción, etc.) que se presentan en la labor diaria. En esas reuniones se determinan las causas de dichos problemas, se proponen soluciones, se toman acuerdo por consenso y se ejecutan. Los trabajadores participan en la adopción de decisiones, aunque dentro de una esfera limitada[71].

Esta posición basa su afirmación en que se trata de varios comités, por lo que se supone pueden estar conformados por uno o más miembros de los estamentos que conforman la organización empresarial y

68 Dec. Leg. 704, Artículo 16°.- "Las empresas establecidas en las zonas francas industriales o turísticas, en razón de su especial naturaleza, quedan exceptuadas de aplicar los regímenes de participación a que se refiere el Decreto Legislativo N°677".

69 AA.VV., "Participación en las Utilidades Gestión y Propiedad de las empresas: Dec. Leg. N° 677", **Análisis Laboral**, Octubre de 1991, p. 18.

70 Cfr. J.J. Martínez, *Op. cit.*, p. 130.

71 Cfr., E. Ogliastri, **Gerencia Japonesa y Círculos de participación, Experiencias en América Latina**, Ed. Norma, Bogotá, 1988, pp. 27-28.

que sean compatibles con el asunto a tratar[72] (por ejemplo los del área de mantenimiento de los motores en una fábrica).

La segunda opinión surge de la similitud de los nombres que las mismas formas de participación, de tipo institucional externo, han recibido en Europa[73] y del hecho de ser formas jurídicas de implementación del derecho de gestión.

Los círculos de calidad son fórmulas organizacionales, de muy buen resultado en Europa y Norteamérica, pero que no están consagrados en la legislación de esos países.

Aunque parece más sólida la primera posición, es interesante anotar la opinión de Martínez Ortiz[74] cuando hace un análisis del proceso de adopción de las decisiones en los círculos de calidad: "Si bien en un sentido lato (no técnico) puede decirse que el trabajador "participa" o "interviene" en las decisiones de la empresa, debe tenerse presente que tal acción no tiene un contenido jurídico sino funcional y consiste en la delegación (...) de funciones realizada por el titular de la empresa". Para Martínez el empresario, forzado por los cambios que se están produciendo, opta por ejercer su poder de dirección de cierto modo, respecto de su personal subordinado. No existe un cuestionamiento al poder empresarial, ni la atribución de un derecho al colectivo laboral, solamente existe una descentralización de funciones que se hace efectiva de manera individual y eventualmente grupal. En los círculos de calidad no se cuestiona el poder de dirección del empresario, quien siempre puede modificar unilateralmente el acuerdo tomado por los trabajadores.

Por nuestra parte, anotaremos que el Dec. Leg. en cuestión no hace referencia a la intensidad de la participación del trabajador, si ésta es de tipo cogestionaria o a nivel de colaboración o cooperación. Establece si el instrumento a utilizar para participar: comités destinados a mejorar la producción y productividad, es decir un órgano diferente a los de la estructura jurídica de la empresa, y conformado por tres miembros, la participación es de tipo institucional externa colegiada. Señala además la conformación del comité, dos miembros del empleador y un repre-

72 Cfr. Alfredo Chianda Quiroz, "Participación de los trabajadores en las utilidades, patrimonio y gestión de las empresas", **Análisis Laboral**, junio, 1992.

73 Cfr., la doctrina citada a pie de página del punto 1.3 del primer capítulo.

74 *Ibid.*, p. 129.

sentantes del colectivo, es decir que este órgano colegiado es mixto en número impar, ciñéndonos a la clasificación hecha con anterioridad. No hay regulación sobre la forma de designación ni de las atribuciones de este ente, remitiéndose en este último asunto expresamente al Reglamento para su tratamiento. Se aparta el ordenamiento peruano, de la forma de participación existente hasta entonces, que era de tipo interno y unipersonal (participación de un representante de los trabajadores en el directorio)[75].

En todo caso, si bien la ley señala la forma estructural de los mismos, se remite al Reglamento para que se regule su funcionamiento. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 677 sería dictado por el Ejecutivo, no determinándose un plazo máximo para ello, según su sexta disposición final y transitoria[76]. Esta remisión al reglamento ocasionó que desde 1992 (año desde que entra en vigencia en nuevo régimen por disposición del Art. 6°), los trabajadores no ejercieran su derecho de gestión, pues el anterior régimen de participación había quedado derogado, y el nuevo Reglamento no se ha dictado hasta la fecha.

2.2.2. Planteamiento Legislativo después de la promulgación del Dec. Leg. 892.

El espíritu que anima la promulgación del Dec. Leg. 892 es el de modificar el régimen de participación en las utilidades para fomentar condiciones que estimulen la creación de nuevos puestos de trabajo, incentiven inversiones y aumenten la competitividad internacional de nuestra economía. Según lo estipulan las consideraciones de la norma[77]. Con esta finalidad el Dec. Leg. 892 realiza varias reformas al

75 Cfr. *Ibid.*, p. 130; AA.VV. "Participación en las utilidades de la empresa", **Análisis Laboral**, diciembre de 1996, p. 9.

76 Sexta.- "Por decretos supremos refrendados por el Ministro de Economía y Finanzas y los Ministros de los Sectores Productivos, se dictará las normas complementarias para la aplicación del presente Decreto Legislativo".

77 "Que, la participación de los trabajadores en la distribución de las utilidades tiene por objeto buscar la identificación de éstos con la empresa y por ende en el aumento de la producción y productividad de sus centros de trabajo; Que, resulta necesario modificar el sistema de participación para fomentar condiciones que estimulen la creación de nuevos puestos de trabajo, y que incentiven inversiones y aumenten la competitividad internacional de nuestra economía".

régimen de participación en las utilidades[78], reformas que no serán estudiadas por no guardar mayor interés con el tema que se investiga.

En este sentido concuerda la doctrina que el Dec. Leg. 892 solo introduce modificaciones en el ámbito de la participación en las utilidades. Los regímenes de participación en la gestión y en la propiedad no han sido alterados por él, por lo tanto rigen en estas materias lo originariamente dispuesto por el Dec. Leg. 677.

Sin embargo, según nuestra modesta opinión los cambios introducidos sí afectan a la participación en la gestión. Sustentamos nuestro punto de vista en lo dispuesto por la segunda disposición complementaria, derogatoria y final del Dec. Leg. 892.

> Segunda.- "Derógase los Artículos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto. Quinto y Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto legislativo N° 677; la Ley 11672 y sus disposiciones complementarias sobre Asignación Anual Sustitutoria de Participación de Utilidades, y la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final del Texto Unico Ordenado de la Ley de fomento del Empleo".

Como se lee, esta Segunda Disposición manda se derogue el artículo primero del Dec. Leg. 677, precisamente el que delimita su ámbito de aplicación[79], quedando reemplazado por el nuevo texto, que dice a la letra:

> Artículo 1°.- "El presente Decreto Legislativo regula el derecho de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría".

Como se puede apreciar el artículo no menciona el derecho de participación en la gestión, como sí lo hacía su antecedente. Se limita a regular el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades.

78 Cfr. AA.VV., "Modifican régimen de participación en las utilidades", **Análisis Laboral**. Noviembre de 1996, p. 13.

79 Delimitado por el artículo primero del Dec. Leg. 677, que mantiene su vigencia. Su texto fue citado en el punto 2.1 de este capítulo.

Creemos que el nuevo texto del artículo ha introducido la posibilidad de una interpretación de la ley, inexistente antes de la modificación: el que se entienda que el Dec. Leg. 677 ha reducido su ámbito de aplicación, que ahora no regula el derecho de los trabajadores a la gestión. Y puesto que ninguna otra norma de nuestro ordenamiento (Constitución, ley, o reglamento) lo regula –al menos no expresamente-, podría incluso llegarse a decir que el ordenamiento peruano no reconoce a los trabajadores el derecho a participar de la gestión.

Sin embargo, está el hecho que el artículo seis del Dec. Leg. 677 mantiene su vigencia , para poder afirmar que cuando el artículo citado hace mención a los "trabajadores de las empresas comprendidas en la presente Ley", se está refiriendo a los trabajadores de las empresas que generan rentas de tercera categoría bajo el régimen de la actividad privada, puesto que esas son las empresas mencionadas en el nuevo artículo primero, además las únicas empresas que se mencionan a lo largo del decreto vigente (es decir el nuevo texto del Dec. Leg. 677, después de las modificaciones introducidas por el Dec. Leg. 892).

Además está la consideración del artículo diez de la ley[80], que excluye solo a los trabajadores de determinadas empresas, enumerándolas taxativamente. Una interpretación contraria a esta disposición establece el ámbito de aplicación del Decreto.

También está la constatación de la evidente incongruencia que se generaría al interior del Dec.Leg. 677, si por una parte se regula el ejercicio del derecho a participar de la gestión (con el artículo seis vigente) y por otra no se identifica a los sujetos capaces de ejercer tal derecho (con el artículo primero modificado). ¿Si no hay titulares del derecho de participación, quién utilizará los instrumentos de participación?

También se debe tener en cuenta el espíritu de la modificación del Dec. Leg. 677, que queda de manifiesto en sus consideraciones previas[81].

Considerar la reducción del ámbito de aplicación del Decreto, sería el equivalente a haber derogado el artículo seis, desconociendo todo

80 Art. 10°.- "Se encuentran excluidas de la participación en la gestión, las empresas autogestionarias, cooperativas y comunales, las individuales, las sociedades civiles y en general todas aquellas que no excedan de veinte (20) trabajadores".

81 Citadas en pie de página 77.

derecho de participación en la gestión. Sin embargo, el legislador no ha derogado el artículo seis, éste mantiene su vigencia.

Se puede agregar, incluso, un argumento de Derecho Constitucional. Nuestra Constitución reconoce que en la relación laboral rige el principio de interpretación favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (Art. 26 Inc. 3)[82], de tal manera que si un empleador, que hubiese implementado la participación, negase a sus trabajadores el ejercicio de su derecho, argumentando que el Dec. Leg. 677 ya no reconoce ese derecho, nada impide que el juez –si la discusión llegará a sede judicial- resuelva aplicando la norma constitucional citada. Dado este caso se puede argumentar que el texto del artículo sexto del Dec. Leg. 677 puede ser interpretado por lo menos en dos sentidos: uno que reconoce derechos, otro que los niega.

En este caso la duda versaría sobre el sentido de la frase "Los trabajadores de las empresas comprendidas en la presente ley" que debería ser interpretada en el sentido más favorable al trabajador, es decir en el sentido que le reconoce algún derecho, en este caso concreto, el derecho de participar en la gestión. Debe entenderse que las empresas a que hace referencia el Dec. Leg. 677 son las mismas mencionadas en el artículo primero del Dec. Leg. 892 (se entiende que la sentencia que acogiese este criterio solo tiene efecto *inter partes*).

Creemos que ésta es la interpretación más razonada, por lo expuesto, del sentido de la modificación introducida por el Dec. Leg. 892 y que aunque no es menos grave se trata de un error de técnica legislativa que debe superarse.

Conclusiones

Primera

La participación en la gestión es un derecho de los trabajadores que se manifiesta en el poder compartir el poder de dirección, antes exclusivo

82 Artículo 26º.- "En la relación laboral se respetan los siguientes principios : (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

del empleador, y así limitar el *ius variandi* que tiene éste sobre la prestación de la labor.

Segunda
El sujeto titular del derecho de participación en la gestión es el colectivo de los trabajadores, no el trabajador individual, desde que por definición el derecho de participación limita, más no elimina, el *ius variandi* del empleador. De ser el trabajador individual el sujeto titular, la subordinación al empleador desaparecerá y con ella su antecedente inmediato, el poder de dirección. Por ello, la participación en la gestión solo es posible a través de representantes del colectivo, cuya gestión versa sobre las llamadas "condiciones generales de trabajo".

Tercera
Este derecho es reconocido al colectivo de trabajadores, por el imperio de la ley o por el acuerdo de partes. En el primer caso, es la ley en sentido amplio –Constitución, ley o reglamento- la que limita el ejercicio del poder, en el segundo la convención colectiva.

Cuarta
Existen dos niveles en el ejercicio del derecho de gestión: la cogestión y la colaboración o cooperación. El nivel de la autogestión se excluye por definición, ya que sólo parece posible participar entre dos o más. La mayor intensidad participativa radica en la cogestión, desde que se exige un consenso para la adopción de las decisiones. La colaboración o cooperación es también un modo de ejercer el derecho de gestión, pero de menor intensidad dado que la crítica o sugerencia del trabajador no siempre será sometida a consideración.

Quinta
Se acepta que el derecho de gestión limita el poder de dirección en todos los sectores de la actividad empresarial, pero no en todos con la misma intensidad. En líneas generales, existe en el derecho comprado una tendencia a instaurar formas de cogestión alrededor de los sectores profesional y social: y en los sectores económico y técnico a reconocer sólo el nivel de colaboración o cooperación, en su especie de derecho de información y consulta.

Sexta
Los instrumentos a través de los cuáles se canaliza la acción participativa del trabajador, son de dos tipos: conflictivos e institucionales. Los conflictivos son los sindicatos, los institucionales las entidades organizadas exclusivamente para tal fin, sea dentro de la estructura formal de la empresa o fuera de ella (órganos directivos o consejos de empresa). Ellos se diferencian en la modalidad de su acción participativa, los primeros participan de modo reivindicativo (buscan reivindicar los mínimos laborales), los segundos buscan regular la relación laboral más allá del respeto a unos mínimos laborales. Se singularizan por su diferente conformación y por el reconocimiento de la libertad sindical a los primeros.

Séptima
En el ordenamiento jurídico peruano, según el estado actual de la normativa constitucional, el derecho de participación en la gestión no tiene protección, es decir, no goza del amparo de las acciones de garantía. Así, ante la eventual ley que lo prohibiera o restringiera, la acción de inconstitucionalidad que pretendiera atacarla no prosperaría.

No parece sólido el argumento que en este caso proponga en contrario, que la Constitución establece la obligación del Estado de promover otras formas de participación, además de la participación en utilidades, pues el texto del Art. 29 no se sigue necesariamente que ello se refiera a la participación en la gestión.

Se tiene claro que la disposición no prohíbe el reconocimiento de tal derecho, por lo que puede establecerse vía infraconstitucional o por medio de convenios colectivos, más no por contratos individuales.

Octava
En el plano legislativo, el reconocimiento del derecho de gestión es cuestión opinable. La incongruencia legislativa, generada al interior del Dec. Leg. 677 por las modificaciones que le hiciera el Dec. Leg. 892, han abierto esta posibilidad. Es un error de técnica legislativa que ocasiona más de una interpretación válida del sentido de la norma. Nuestra posición apuesta por una interpretación sistemática de la norma

que reconozca derechos, es decir, estamos por el reconocimiento a nivel legal del derecho de gestión en el ordenamiento peruano.

Novena
La ley reconoce el derecho de participar en la gestión a través de órganos institucionales externos, los llamados "comités de producción y productividad" cuya naturaleza jurídica parece ser la de los consejos de empresa europeos, pero bajo la adopción de la forma de los círculos de calidad japoneses. Son órganos colegiados, cuya integración es de tipo mixto e impar (un representante de los trabajadores y dos del empleador).

A pesar de que el sistema está estructurado, no ha sido puesto en funcionamiento debido a la falta del Reglamento que lo implemente.

Propuesta de solución

Se debe corregir el error de técnica legislativa, modificando el artículo primero del Dec. Leg. 892, devolviéndole de esta manera el régimen de participación de congruencia que tenía con la anterior redacción del artículo primero. La manera más idónea de hacerlo sería repitiendo el texto del derogado artículo.

Es urgente, luego de dado este primer paso, la promulgación del Reglamento del Dec. Leg. 677, que espera en el tintero hace cinco años.

Este Reglamento deberá necesariamente referirse a las siguientes materias, y en este orden de importancia:

a. Definir el grado o intensidad en que los trabajadores participarán de la marcha empresarial: serán cogestores o colaboradores, o si serán en parte uno y lo otro, como sucede en el derecho comparado.
b. Definido lo primero, se debe puntualizar en qué materias se ejercerá la cogestión, y en qué otras el derecho de ser informado o consultado previamente.
c. En base a los dos puntos anteriores, redactar las atribuciones generales de los representantes del colectivo en los comités (protección

de fuero sindical, representación de los trabajadores, etc.) y sus correspondientes obligaciones para con los trabajadores (asistencia mínima a las reuniones de trabajo, información, convocatoria, etc.).

d. Definir la forma y requisitos para la designación del representante al comité, teniendo en cuenta el número de trabajadores de la empresa para lo primero y la naturaleza de su actividad para lo segundo.

Vacaciones: derecho de los trabajadores contratados a tiempo parcial

Susana Silva Villacorta

Introducción

El trabajo constituye fuente de riqueza. Tal como lo establece nuestra Constitución, "es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"[1]. Estas afirmaciones pueden ser sostenidas invariablemente a través del tiempo pues, por su propia naturaleza, el hombre está destinado y llamado al trabajo[2].

Sin embargo, en lo accidental, van ocurriendo cambios, se sustituyen unos intereses por otros, aparecen nuevas necesidades y es preciso que las relaciones laborales se adapten a estas transformaciones. Es por ello que el nuevo marco laboral se caracteriza por una tendencia a la flexibilización, lo cual implica, entre otros, nuevas formas de distribución de las jornadas de trabajo.

Como bien señalaba Alonso Olea, lo que el trabajador debe no es tiempo de trabajo, sino "trabajo prestado durante un cierto tiempo". Pero, a criterio del legislador, la duración de la jornada constituye un elemento tipificante del contrato laboral.

En virtud de esto, el trabajo a tiempo parcial ha sido regulado como un trabajo marginal, presumiento que dichos contratos no constituyen medio de visa de quienes prestan los servicios, sino que simplemente son utilizados como complemento de actividades no lucrativas. Sin considerar que, principalmente, han sido los contratos a tiempo parcial

1 Artículo 22° de la Constitución Política del Perú.

2 Cfr. M. Alonso Olea, **Las Fuentes del Derecho**. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, 2° ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 30.

los que han incorporado al mercado laboral a quienes requieren mayor protección (mujeres y jóvenes no calificados); que, actualmente es esta forma de contratación una de las medidas para combatir el grave problema de desempleo.-tratándose muchas veces de la única renta percibida-, y que además son el medio idóneo para satisfacer las nuevas necesidades de las empresas; los trabajadores a tiempo parcial han sido privados de casi todos los beneficios sociales percibidos por quienes trabajan en una jornada ordinaria, no obstante constituir una relación laboral común con una duración menor.

Dada la importancia del tema, y siendo imprescindible determinar si esta clase trabajadora tiene derecho a descanso vacacional –de acuerdo con el fundamento de dicho beneficio y según lo establecido por la legislación vigente- para evitar situaciones injustas; hemos querido contribuir a ello con esta investigación.

La escasez de la doctrina y jurisprudencia nacional sobre el tema nos ha animado, por el contrario, a continuar en el estudio, convencidos de que es necesario un análisis previo para que en la realidad no se vulneren los derechos otorgados a los trabajadores, en este caso, el derecho a vacaciones.

Esta investigación intenta demostrar que, el goce del descanso anual también corresponde a los trabajadores a tiempo parcial. Esta conformada por cuatro capítulos. En el primero se explica ciertas nociones generales sobre las vacaciones y el trabajo a tiempo parcial, aclarando que, de acuerdo al fundamento de aquéllas no se justifica su privación a estos trabajadores. En el segundo capítulo comentamos brevemente las normas que en Perú tratan el tema, a fin de determinar si ellas les reconocen el descanso vacacional. Asimismo, considerando que el Derecho del Trabajo español ha ejercido gran influencia en nuestras normas laborales, se recoge legislación y jurisprudencia española con el objetivo de comparar los criterios reguladores en uno y otro sistema. En el capítulo siguiente explicamos la obligatoriedad de las normas internacionales, ya que precisamente uno de los dispositivos que regulan el derecho a vacaciones, es un convenio internacional ratificado por el Perú. Por último, en el capítulo IV, se señala los criterios utilizados para solucionar un conflicto normativo, pues la situación se presenta en el ordenamiento jurídico nacional, en lo referente a descanso anual de los trabajadores a tiempo parcial.

El Derecho laboral, tal como fue concebido, estaba basado en un sistema en el que los derechos de los trabajadores se iban incrementando y los cambios consistían en una mayor protección. Se dijo al respecto que se pensaba demasiado en amparar al trabajador y demasiado poco en la viabilidad económica de la empresa, que al fin y al cabo es su fuente de trabajo. Ese fue el comienzo de la flexibilización.

Pero, dejar en situación precaria a una clase trabajadora, sin otra justificación que la de incentivar a los empleadores a crear más puestos de trabajo mediante contratos a tiempo parcial, no significa combatir el desempleo, sino aumentar el subempleo, la explotación y la desigualdad. Es imposible que la violación de los derechos del hombre genere progreso; como afirma la OIT, sin justicia no habrá paz[3].

I. Nociones generales

1. Vacaciones

1.1 Definición

Las vacaciones, término proveniente del latín *vacare* (cesar) constituyen una suspensión de la prestación del trabajador amparada por la ley, proporcionándole a aquél un período de descanso anual remunerado.

La OIT ha señalado que "por vacación anual retribuida de los asalariados se entiende un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días festivos, días de enfermedad y convalescencia, durante los cuales, cada año, llenando el trabajador ciertas condiciones de servicio, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración"[4].

Las vacaciones son definidas por la doctrina peruana en general como aquel derecho de los trabajadores, adquirido una vez cumplidos determinados requisitos, consiste en suspender la prestación de sus servicios durante cierto número de días del año, sin pérdida de la remuneración

3 Cfr. Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, primer considerando (*contrario sensu*).

4 A. Ruprecht, "Vacaciones", en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, t. XXVI, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1981, p. 604.

habitual, a fin de restaurar sus fuerzas y entregarse a sus ocupaciones personales o a la distracción[5].

1.2 Naturaleza jurídica

Las vacaciones suponen un derecho a percibir el salario sin contraprestación laboral a cambio. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR) regula el descanso vacacional como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo[6]. Asimismo, señala que tal suspensión puede ser de modo imperfecto cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores[7]. Aquí se incluiría el descanso vacacional, de acuerdo a lo establecido por el artículo 16° del D.S. N° 012-92-TR y el artículo 16° del Dec. Leg. N° 713[8].

Ruprecht[9] señala que se han formulado tres teorías respecto a su naturaleza jurídica:

a) Constituyen un premio al trabajador: surgen como liberalidad patronal, recayendo sobre el personal que el empleador considere eficiente.

Esta teoría no corresponde a la realidad pues las vacaciones se otorgan obligatoriamente, con independencia de que su beneficiario haya sido un buen o mal trabajador.

b) Carácter salarial: El descanso vacacional es una licencia como otras, un derecho que la ley otorga, con características propias pero no exclusivas, pues, por ejemplo, las enfermedades o accidentes de trabajo también son remunerados por el tiempo que marca la ley.

5 Cfr. AA.VV., "Derecho al Descanso Vacacional", **Informativo Caballero Bustamante**, N° 371, 1997, p. D 1. y AA.VV., "Suspensión del Contrato de Trabajo", **Asesoría Laboral**, N° 68, 1996, p. 5.

6 Artículo 12°, inciso d.

7 Artículo 11°, segundo párrafo.

8 D.S. N° 012-92-TR:
Artículo 16°: "La remuneración vacaciones es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando...".
Dec.Leg. N° 713:
Artículo 16°: "La remuneración vacacional será abonada al trabajador antes del inicio del descanso".

9 Cfr. A. Ruprecht, *op. cit.*, p. 604.

c) Carácter asistencial: La colectividad en compensación del provecho que recibe con el trabajo de los operarios, satisface a éstos, indirectamente, el importe de las remuneraciones correspondientes al período de descanso anual, para que puedan gozar de ese beneficio.

Doctrina reciente sobre este tema entiende que: "De alguna forma el marcado acento histórico de las vacaciones como una concesión, premio o licencia pierde progresiva significación, situándose como un resultado "natural" ante el compromiso de la prestación laboral anual"[10].

1.3 Fundamento

El descanso vacacional se fundamenta en la necesidad de que el trabajador disfrute de un período prudencial de holganza, a fin de restaurar las energías consumidas en el proceso productivo, lo cual no se logra plenamente con el descanso semanal.

El otorgamiento de vacaciones podría poner en peligro la salud física y síquica del trabajador. Además, no se trata sólo de reparar las energías del organismo; más que el reposo físico, su efecto estriba en la tranquilidad espiritual, porque sólo entonces el trabajador puede recuperarse de la fatiga del esfuerzo diario, también le proporciona la posibilidad de reencontrarse con su familia y consigo mismo al poder convivir todo el tiempo con los suyos y no solamente en las horas libres. Cabe agregar que en la actualidad es posible –dada la facilidad de los transportes y su bajo costo relativo- abandonar simultáneamente la rutina y los ambientes habituales, hoy urbanos, de la vida y de trabajo, logrando así un efectivo disfrute de este beneficio.

Actualmente, cierta doctrina incluso señala que las vacaciones anuales están perdiendo el carácter de ser un período de mera recuperación de fuerzas físicas o psíquicas (finalidad avalada en un contexto en que la prestación laboral era muy prolongada: jornadas de hasta 14 horas). En el presente la evaluación de esta institución se entiende como una respuesta a los cambios en el sistema organizativo y a las nuevas demandas de una sociedad dirigida a incrementar el tiempo libre y a realizar actividades recreativas, formativas que no tienen el carácter de

10 H. Merino Senovilla. **El trabajo a tiempo parcial**, Valladolid, Lex Nova, 1994, p. 317.

productivas o laborales y que merecen protección. Se trata de salvaguardar la coincidencia de este tiempo de no trabajo con la familia y las actividades sociales[11].

Es importante señalar que el descanso vacacional no redunda sólo a favor del trabajador sino también del propio empleador, esto justifica que el empleador remunere al trabajador sin que realice la labor debida. Esta remuneración constituiría la contraprestación por el trabajo que el operario, con renovadas fuerzas, realiza durante el resto del año[12].

En general, razones de orden fisiológico, sicológico, social y familiar han llevado al establecimiento de este instituto, cuyo otorgamiento forma parte de un interés recíproco del patrón y del trabajador.

2. Trabajo a tiempo parcial

2.1 Definición

La OIT considera como trabajo a tiempo parcial a aquel trabajo efectuado regularmente durante una parte del día o de la semana sensiblemente inferior a la duración normal del trabajo por acuerdo voluntario entre el trabajador y empresario[13].

Al hablar de trabajo a tiempo parcial se hace referencia a la prestación de servicios en una jornada de trabajo inferior a la ordinaria del centro de trabajo. Puede ser el trabajo en ciertas horas al día, de ciertos días de la semana, de ciertas semanas de mes o de algunos meses del año[14]. Sin embargo, la doctrina nacional entiende como contrato a tiempo parcial aquél que tiene una jornada de trabajo inferior a cuatro horas diarias en promedio, al dividir la jornada semanal entre el número de días trabajados; pues aunque en nuestro ordenamiento no existe

11 Cfr. M. Fernández López, "Retroactividad del convenio colectivo y cláusula penal en materia de vacaciones", **Revista Política Social**, N° 144, 1984, p. 292, cit. por H. Merino Senovilla, *op. cit.*, p. 317.

12 Cfr. A. Briceño Ruiz, **Derecho individual del trabajo**, México D. F. Marla, 1985, pp. 198-199.

13 Cfr. OIT, Informe VI de la 48 Conferencia Internacional de Trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1963, pp. 96-97, cit. por A. Ojeda Aviles, "El contrato a tiempo parcial en España", **Asesoría Laboral**, N° 40, 1994, p. 19.

14 Cfr. AA.VV. "El tiempo como elemento de contrato del trabajo". **Asesoría Laboral**. N° 67, 1996, p. 5

una definición expresa al respecto, eso se puede inferir de la legislación vigente[15].

2.2 Origen y evolución

El rol que ha desempeñado el trabajo a tiempo parcial ha experimentado profundos cambios. En un inicio fue concebido como una puerta de entrada al mercado de trabajo para sectores poco representativos en este ámbito, como las mujeres y los jóvenes antes de consolidar su situación profesional. Es decir, originalmente fue destinado para trabajadores de baja calificación, sin experiencia profesional y con un empleo marginal[16].

Un segundo momento se presenta, sin abandonar la primera idea, al configurarse el trabajo a tiempo parcial como la vía idónea de adaptación del trabajo a los cambios, caracterizados éstos por las nuevas formas de organización del trabajo -debido al resurgimiento de la autonomía individual, en sustitución del intervencionismo estatal-, por la transformación de los procesos productivos –como resultado de las innovaciones tecnológicas-. Así como por las alteraciones en los bienes a producir –debido a las nuevas demandas de la población y a las nuevas exigencias empresariales-, justificándose las reformas en el reparto del tiempo del trabajo. De esta manera, el trabajo a tiempo parcial resultó ser el instrumento apropiado para el nuevo marco laboral que se presentaba, añadiéndole la ventaja para el empresario a un coste reducido[17].

Actualmente, esta forma de contratación sirve para paliar el problema del desempleo. En un mercado de trabajo con alta tasa de paro como el nuestro, los contratos de trabajo a tiempo parcial posibilitan un empleo a un mayor número de personas, constituyendo incluso

15 Principalmente de los siguientes artículos del D.S. N° 001-96-TR (26/1/96):
Artículo 11°: "Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor".
Artículo 12°: "Se considera cumplido el requisito de cuatro horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis o cinco días, según corresponda, resulta en promedio no menor de cuatro horas diarias".

16 Cfr. H. Merino Senovilla, *op.cit.*, p. 112.

17 Cfr. *Ibidem.*

muchas veces su única renta. Asimismo se presentan situaciones de pluriempleo, acumulando varios contratos a tiempo parcial.

Sin embargo, la legislación no le otorga la protección necesaria, tratándolo como un trabajador marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida. Las normas no han considerado que, ante la grave escasez de empleo, muchas veces estos trabajos no constituyen una opción voluntaria del trabajador, sino los ofertados o bien los disponibles.

2.3 Régimen jurídico

Si bien los contratos de trabajo a tiempo parcial no constituyen *per se* una modalidad de naturaleza temporal[18], la ley les asigna un peculiar régimen jurídico, caracterizado por la eventualidad más absoluta. Su incorporación al texto normativo al menos supone la cobertura legal del cumplimiento de una jornada menor a la ordinaria, que es de cuatro o más horas. A través de estos contratos pueden realizarse tanto labores permanentes como temporales.

El ordenamiento laboral vigente contempla condiciones desiguales para el trabajador a tiempo parcial frente a quienes trabajan a tiempo completo. El contenido principal de la relación laboral a tiempo parcial –los derechos y obligaciones de estos trabajadores- se basa en el tiempo de trabajo, siendo este elemento el principal condicionante y determinante de la relación.

Según lo dispuesto por el artículo 11° del reglamento del TUO de la LFE, los trabajadores contratados en una jornada de trabajo superior a cuatro horas tienen derecho a todos los beneficios sociales, mientras que los trabajadores contratados a tiempo parcial sólo gozan de aquellos beneficios que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor. Al respecto la doctrina peruana ha entendido que los trabajadores, a tiempo parcial tendrían derecho a seguro de vida, seguridad social y gratificaciones, pero

18 Los contratos sujetos a modalidad deben ajustarse a lo dispuesto por el artículo 53°, D.S. N° 003-97-TR (27/03/97). En este tipo de contratos y en los contratos a tiempo parcial, el factor temporal incide sobre aspectos diferentes: en aquéllos se refiere a la duración del vínculo laboral, que puede ser a plazo fijo o indeterminado. En los contratos a tiempo parcial se refiere a la duración de la jornada, tema que será desarrollado en el siguiente punto.

estarían privados de CTS, protección contra el despido arbitrario, utilidades y vacaciones[19].

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S.-003-97-TR) establece en el artículo 4°, que puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna; es decir, que las empresas podrán contratar los trabajadores a tiempo parcial que requieran.

Se trata, pues, de un contrato auténticamente precario. El legislador mantiene la secular situación de desamparo de quienes lo prestan y al mismo tiempo otorga una libertad irrestricta a los empleadores para contratar bajo esta forma. Con ello se posibilita el empleo desviado de contratos de trabajo a tiempo parcial, para cubrir en condiciones de total precariedad, puestos permanentes, contraviniendo principios jurídicos básicos e incluso normas constitucionales[20].

2.4 El tiempo como elemento del contrato de trabajo

El que se prive de ciertos beneficios sociales a los trabajadores que presten servicios por menos de cuatro horas diarias se fundamenta en el no cumplir con el requisito de la jornada mínima, lo cual no altera la substancia de la relación laboral, pues los elementos esenciales del contrato de trabajo: prestación personal, subordinación y remuneración, están presentes.

La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual –en forma diaria, semanal o mensual- el trabajador se encuentra a disposición de su empleador, con el fin de cumplir la prestación laboral que éste le exige.

La jornada de trabajo, sin ser elemento esencial del contrato de trabajo, va a tipificarlo.

El factor temporal se constituye en "medida de la prestación debida"[21] y además es determinante el contenido del contrato. La obligación del trabajador, como obligación de prestar una actividad, sólo es posible que se concrete en una u otra cantidad. Es por ello que algunos afirman que el objeto de la relación laboral no es meramente el **trabajo**

19 Cfr. AA.VV., "El tiempo como ...", ***op. cit.***, p.7.

20 Cfr. capítulo IV.

21 Alarcón Caracuel. **La ordenación del tiempo del trabajo**, Madrid, Tecnos, 1988, p. 65. Citr. Pot H.Merino Senovilla, ***op. cit.***, p. 148.

sino un determinado **tiempo de trabajo**, por lo que, la alteración del elemento tiempo supondría una prestación distinta[22]. Sin embargo, al respecto, Alonso Olea señala que lo que el trabajador debe no es tiempo de trabajo sino **trabajo durante cierto tiempo**[23], fórmula aceptada mayoritariamente por la doctrina ya que, sin restarle importancia al factor temporal, reconoce que lo fundamental de la relación laboral es la actividad desarrollada por el trabajador en cumplimiento de su obligación, actividad que estará cuantificada.

El tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial es inferior siempre al trabajo a tiempo completo. Esto va a definir y configurar al trabajo a tiempo parcial entre el resto de modalidades contractuales y frente al contrato ordinario o habitual. Por consiguiente, el elemento temporal, en el trabajo a tiempo parcial, quedaría elevado como aspecto constitutivo de la prestación[24], así lo habría considerado el legislador al otorgarle un tratamiento desigual a estos trabajadores.

Sin embargo, se puede afirmar que el trabajo a tiempo parcial carece de características sustanciales que le otorguen entidad propia y separada frente a la denominada relación laboral común o a tiempo completo, siendo la única diferencia entre ambas la menor duración de la jornada.

Por consiguiente, se podría concluir que la diversidad en la duración de la prestación no altera el negocio jurídico; en consecuencia, las diferencias con la relación común vienen establecidas no por la característica de la prestación, sino por una opción del legislador.

II. Legislación: antecedentes y situación actual del derecho a vacaciones pagadas de los trabajadores a tiempo parcial

La incorporación del derecho a descanso anual en la legislación positiva es bastante reciente en comparación con otros beneficios laborales. Al finalizar la primera década de este siglo se dictan las primeras leyes otorgando vacaciones y desde entonces este instituto ha adquirido un

22 Cfr. Merino Senovilla, M., *op. cit.*, p. 151.

23 Cfr. M. Alonso Olea y M.E. Casas Baamonde, **Derecho del trabajo**, 12° ed., Madrid, Universidad Complutense, 1991, p. 241.

24 Cfr. H. Merino Senovilla, *op. cit.*, p. 152.

gran desarrollo, casi todos los países lo han establecido, si bien difieren en cuanto a la forma de su concesión.

Tratándose la presente investigación del derecho al descanso anual de quienes trabajan a tiempo parcial, a continuación se señala las normas que se han dictado al respecto, a fin de determinar si ellos gozan o no de dicho beneficio.

1. Derecho peruano

El 15 de diciembre de 1959, mediante Res. Leg. N° 13284, el Perú ratifica el Convenio Internacional de Trabajo N° 52 sobre vacaciones anuales pagadas, el cual reconoce a los trabajadores un descanso anual remunerado de seis días laborables, por lo menos, sin establecer excepciones por el número de horas que comprende la jornada.

> Convenio N°52
> Convenio relativo a las vacaciones anuales pagada
> (Aprobada por Resolución Legislativa N°13284, de 15/12/59)
> La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
> Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional de Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 04 de junio de 1936 en su vigésima reunión:
> Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a las vacaciones anuales pagadas, cuestión que constituye el segundo punto del orden del día de la reunión, y
> Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y seis, el siguiente Convenio que podrá ser citado como el Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936:
>
> Artículo 1°
> 1. El presente convenio se aplica a todas las personas empleadas en las empresas o establecimientos siguientes, ya sean éstos públicos o privados.

a) empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una transformación, incluidas las empresas de construcción de buques, y la producción, transformación y transmisión de electricidad o cualquier clase de fuerza motriz:

b) empresas que se dediquen exclusiva o principalmente a trabajos de construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de las obras siguientes:

- edificios
- ferrocarriles,
- tranvías.
- aeropuertos,
- puertos,
- muelles,
- obras de protección contra la acción de los ríos y el mar,
- canales,
- instalaciones para la navegación interior, marítima o área,
- caminos,
- túneles,
- puentes,
- viaductos,
- cloacas colectoras,
- cloacas ordinarias,
- pozos,
- instalaciones para riegos y drenajes,
- instalaciones de telecomunicación,
- instalaciones para la producción o distribución de fuerza eléctrica y de gas,
- oleoductos,
- instalaciones para la distribución del agua, y las empresas dedicadas a otros trabajos similares a las obras de preparación a los trabajos antes mencionados;

c) empresas dedicadas al transporte de viajeros o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua interior, o área comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaciones, almacenes y aeropuertos.

d) minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;

e) establecimientos comerciales, comprendidos los servicios de correos y de telecomunicaciones;
f) establecimientos y administraciones en los que las personas empleadas efectúen esencialmente trabajos de oficina.
g) empresas de periódicos;
h) establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados, indigentes o alienados.
i) hoteles, restaurantes, pensiones, cafés y otros establecimientos análogos;
j) teatros y otros lugares públicos de diversión;
k) establecimientos que revistan un carácter a la vez comercial e industrial y que no corresponden totalmente a una de las categorías precedentes.

2. La autoridad competente de cada país, previa consulta a las principales organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores cuando dichas organizaciones existan, deberá determinar la línea de demarcación entre las empresas y establecimientos antes mencionados y los que no están incluidos en el presente Convenio.

3. La autoridad competente de cada país podrá exceptuar de la aplicación del presente Convenio a:

a) las personas empleadas en empresas o establecimientos donde solamente estén ocupados los miembros de la familia del empleador;
b) las personas empleadas en la administración pública, cuyas condiciones de trabajo les concedan derecho a vacaciones de una duración, por lo menos, igual a la prevista por el presente Convenio.

Artículo 2°
1. Toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborales, por lo menos.
2. Las personas menores de dieciséis años, incluidos los aprendices, tendrán derecho, después de un año de servicio continuo

a vacaciones pagadas de doce días laborables, por lo menos.
3. No se computan a los efectos de vacaciones anuales pagadas:
a) los días feriados oficiales o establecidos por la costumbre:
b) la interrupciones en la asistencia al trabajo debidas a enfermedad.
4. La legislación nacional podrá autorizar, a título excepcional, el fraccionamiento de la parte de las vacaciones anuales que exceda de la duración mínima prevista por el presente artículo.
5. La duración de las vacaciones anuales pagadas deberá aumentar progresivamente con la duración del servicio, en la forma que determine la legislación nacional.

Artículo 4°
Se considera nulo todo acuerdo que implique el abandono del derecho a vacaciones anuales pagadas o la renuncia a las mismas.

Artículo 8°
Todo miembro que aplique el presente Convenio deberá establecer un sistema de sanciones que garantice su aplicación.

La Constitución de 1933, vigente al ratificarse este convenio, no recogía sin embargo, el derecho a vacaciones; omisión que fue subsanada por la Constitución de 1979. Esta Constitución estableció en el artículo 44 –ubicado en el título I: De los derechos y deberes fundamentales de la persona- que: "... Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios...".

De este modo, el derecho a vacaciones es reconocido como derecho fundamental de **los trabajadores**, sin distinción.

El 8 de noviembre de 1991 se dicta el Dec. Leg. N° 713 sobre descansos remunerados. El capítulo III regula las vacaciones anuales:

Capítulo III
De las vacaciones anuales
Artículo 10°.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación.
a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.
b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos de doscientas diez días en dicho período.
c) En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no comprobables para el récord conforme al artículo 13° de esta ley.

Artículo 12°.- Para efectos de récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes.
a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.

Al exigir la jornada mínima de 4 horas para gozar del descanso vacacional, pareciera que la norma contraviene su propio espíritu expresado en su considerando:

> ...Que resulta necesario armonizar, consolidar, *sin discriminación*[25], la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, propendiendo a la modernización de sus normas y adecuándolas para convertirlas en instrumentos que alientan la productividad y con ello el desarrollo nacional...

25 Énfasis añadido.

Posteriormente se expide el reglamento del Dec. Leg. N° 713 mediante D.S. N° 012-92-TR del 2 de diciembre de 1992, el cual establece en el artículo 11: "Tienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el artículo 10° del Decreto Legislativo".

Contrario sensu esta norma niega el derecho a vacaciones de quienes trabajan menos de cuatro horas.

El 26 de abril de 1993, mediante D.S. N° 004-93-TR se aprobó el reglamento de la LFE, el cual se refiere expresamente a los trabajadores a tiempo parcial.

> Título II
> Del contrato de trabajo
> Capítulo I
>
> De las Normas Generales
> Artículo 6°.- Los trabajadores que sean contratados a tiempo parcial, tienen acceso a todos los derechos y beneficios legales en que no exija para su percepción el requisito de las cuatro (4) horas diarias...
> La presente disposición no es de aplicación, en los casos en que a la Ley o la convención colectiva exija el cumplimiento de un mínimo de horas para tener derecho a determinados beneficios laborales, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente:
> Artículo 7°.- En aplicación del convenio N° 52 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre vacaciones pagadas, ratificado por el Perú, en virtud de la Resolución Legislativa N° 13284 de 15 de diciembre de 1959, los trabajadores que laboren menos de (4) horas diarias tendrán derecho a descanso anual pagado, siempre y cuando cumplan con el récord correspondiente.

Sin embargo, aunque este dispositivo legal reconocía la vigencia del convenio N° 52 y por tanto, el derecho a vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial, su redacción originaba confusiones al exigir el cum-

plimiento del récord correspondiente (artículo 7, *in fine*). Según el artículo 12° del Dec. Leg. N° 713, para cumplir el récord vacacional es necesaria la jornada ordinaria mínima de cuatro horas, con lo cual sería imposible aplicar la norma en cuestión. Para que este dispositivo no sea un absurdo, se estaría refiriendo únicamente al récord señalado en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 713, sin tomar en cuenta el artículo 12°; lo cual, aunque dota de sentido al artículo 7 del reglamento de la LFE, no resulta convincente. Al respecto, la interpretación de la doctrina no es unívoca[26].

El 24 de enero de 1996 se dicta el reglamento del TUO de la LFE mediante D.S. N° 001-96-TR, el cual no contiene mención alguna al derecho vacacional de los trabajadores contratados a tiempo parcial, Al respecto la doctrina reaccionó favorablemente[27].

Su texto ya no recoge lo establecido por el artículo 7 del anterior reglamento. El artículo 11° deroga tácitamente, dicho dispositivo al establecer que: "Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor".

En la Carta Magna vigente se reitera la jerarquía constitucional del derecho a vacaciones anuales pagadas, aunque ha variado su ubicación: no se encuentra en el capítulo que regula los derechos fundamentales de la persona, sino en el capítulo correspondiente a los derechos sociales y económicos, que recoge el derecho al trabajo.

---

26 La revista Asesoría Laboral, en un informe especial señala que para efectos de record vacacional se considera como día efectivo de trabajo, entre otros, la jornada ordinaria mínima de cuatro horas; pero que para los trabajadores a tiempo parcial e tomaría en cuenta su jornada ordinaria que es inferior a cuatro horas – Cfr. AA.VV., "Descansos Remunerados", **Asesoría Laboral**, N° 32, 1993, p. 6

En otro número se señala, por el contrario, que cumplir con el record correspondiente establecido por el artículo 7° del D.S. N° 004-93-TR no era posible porque para cumplirlo se exige una jornada mínima de cuatro horas, agregando que, dicho error, ha sido corregido en el nuevo reglamento (D.S. N° 001-96-TR) – Cfr. AA.VV., "Descansos Remunerados", **Asesoría Laboral**, N° 62, 1996, p. 7

27 En la revista Informe Laboral se sostiene que el nuevo reglamento contiene saludables rectificaciones respecto al anterior, pues no hace referencia al derecho a descanso anual de quienes trabajan a tiempo parcial, lo cual –consideran- estaba impropiamente regulado en el reglamento anterior, quedando su regulación al Dec. Leg. N° 713, sus normas complementarias y a los Convenios de la OIT suscritas por nuestro país – Cfr. AA.VV., "Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo: Rectificaciones saludables", **Informe Laboral**, N° 124, V. XI, 1996, p. 3

Asimismo, con respecto a la Constitución anterior, la redacción del artículo en cuestión ha sido modificada. El artículo 25° de la Constitución vigente establece: "... Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio".

Corresponde a la ley o al convenio el desarrollo de este derecho. El término **convenio** hace referencia a la convención colectiva ya que los convenios internacionales se encuentran en la actual Constitución bajo la denominación **tratado**[28].

Independientemente de las variaciones señaladas, el reconocimiento del derecho al descanso anual por la Constitución lo dota de intangibilidad por normas infraconstitucionales. Cabe añadir, que al igual que la Constitución anterior, este derecho es otorgado a los trabajadores en general, sin establecer excepciones.

En resumen, en cuanto a las normas vigentes que regulan el derecho a vacaciones se podría decir que la Constitución y el Convenio 52 reconocen este derecho de los trabajadores sin distinciones en razón de su jornada. En contraposición el Dec. Leg. 713 y su reglamento establecen como requisitos un mínimo de 4 horas de jornada ordinaria para poder gozar de 30 días de descanso anual y según el reglamento de la LFE, los trabajadores a tiempo parcial estarían privados de este derecho por no cumplir con el requisito señalado.

Ante esta situación la doctrina peruana que trata el tema afirma mayoritariamente que los trabajadores a tiempo parcial carecen del derecho a vacaciones, sustentando su posición únicamente en lo establecido por determinadas normas del conjunto de la legislación vigente aplicable en este caso, sin percibir, que en realidad, existe un conflicto de normas[29].

2. Derecho comparado: España

La ley laboral peruana ha recibido un gran influjo de la legislación española sobre Derecho del trabajo. Es por ello que se realizará un

28 Cfr. Capítulo IV, 1.2.

29 Cfr. AA.VV.,. "El tiempo como..." ***op. cit.***, pp. 7-8 y AA.VV., "Derecho al Descanso..." ***op. cit.***, p.1.

escueto comentario sobre las normas que regulan el trabajo a tiempo parcial y el derecho a vacaciones en dicho país.

El contrato a tiempo parcial en España se encuentra regulado por el artículo 12 del ET (Ley N° 8/1980), siendo su redacción actual la siguiente:

> Artículo 12°: Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo.
>
> 1. El trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al considerado como habitual en la actividad que se trate en dichos períodos de tiempo.
>
> 2. El contrato a tiempo parcial podrá concertarse a tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato de aprendizaje.

Asimismo, el RD 2317-1993 del 29 de diciembre, incluye en su texto, dispositivos sobre el contrato a tiempo parcial. El artículo 19° establece: "Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, salvo las peculiaridades que, en función del tiempo trabajado, estén establecidos por ley o puedan determinarse por la negociación colectiva".

Es decir, la regulación de los derechos y obligaciones de los trabajadores a tiempo parcial responde a los principios de equiparación y proporcionalidad con respecto a los trabajadores a tiempo completo.

Los diferentes dispositivos que han normado la relación laboral a tiempo parcial presentan algunas diferencias entre ellas, sin embargo, el denominador común en la regulación de los derechos derivados de esta relación ha sido la observancia del principio de igualdad.

La norma que anteriormente regulaba el contrato a tiempo parcial era el RD 1991/1984, el cual establecía como criterio general la equiparación al disponer en el artículo 2°, inciso 1: "Los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán los derechos que la ley o los convenios colectivos reconozcan a los trabajadores a tiempo completo...".

Según la doctrina española, en esta norma se incluye tanto la proporcionalidad en el disfrute de determinados derechos como la paridad

de otros en que debe aplicarse íntegramente al no estar conectados con lo específico de esta relación[30].

El articulo 19° del RD 2317/1993, vigente actualmente, establece una fórmula más general, acorde con el objetivo de la flexibilidad. Aún así, el principio de equiparación y de proporcionalidad no ha sido alterado ya que el elemento diferenciador –sobre el que incide este dispositivo- **es el tiempo trabajado**, es decir, el trabajo ya realizado, determinado por el tiempo. En aplicación de la regla de proporcionalidad. Sólo podrán establecerse ciertos matices sobre aquellos derechos relacionados con el elemento temporal, tipificante de este contrato. El resto de condiciones laborales no podrán fijar peculiaridades si no existe conexión con la duración del trabajo[31].

Al respecto, el Tribunal Constitucional español califica como irrazonable las diferencias de trato que "se implantan atendiendo sólo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos"[32].

En cuanto al derecho a descanso anual retribuído, éste se encuentra regulado por el Convenio N° 132 de la OIT[33], ratificado por España el 16 de junio de 1972 y aplicable a los trabajadores asalariados con exclusión de la "gente de mar"; por el convenio N° 101 de la OIT[34], ratificado por España el 8 de abril de 1971 y aplicable a los trabajadores agrícolas; y por el artículo 38 ET que tal como señala Montoya Melgar, es "aplicable a **todos**[35] los trabajadores por cuenta ajena y dependientes"[36]. Esta norma en el primer inciso establece como período mínimo el de 30 días naturales, que el contrato o convenio colectivo sólo pueden mejorar: "El período de vacaciones anuales retribuidas no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. **En ningún caso**[37] la duración será inferior a treinta días naturales...".

30 Cfr. H. Merino Senovilla, ***op. cit.***, p. 306.

31 Cfr. *Ibid.*, p. 307.

32 S. 22/1994 de 27 de enero, fundamento 4, apartado c) cit. por H. Merino Senovilla, ***op. cit.*** p. 307.

33 No ha sido ratificado por el Perú.

34 Ratificado por el Perú mediante Res. Leg. 13284 del 15/12/59.

35 Énfasis añadido.

36 A. Montoya Melgar, **Derecho del Trabajo**, 13° ,ed. Madrid, Tecnos, 1992, p.352.

37 Énfasis añadido.

La redacción del artículo 38º ET es categórica, el derecho a vacaciones se otorga de modo general, no dando lugar a especulaciones sobre si dicho derecho está referido a un contrato a tiempo completo o a tiempo parcial.

Interpretando este dispositivo en concordancia en el artículo 19º del RD 2317/1993 es posible afirmar que en España, los trabajadores a tiempo parcial gozan de derecho a descanso anual al igual que los trabajadores a tiempo completo, ya que ni la normatividad específica ni la general prevén diferencias para el disfrute del período de vacaciones entre unos trabajadores y otros[38]. El criterio de la proporcionalidad se aplica no para fijar el número de días que componen el descanso anual –treinta para ambos casos-; sino para determinar la retribución que recibirán en este período, la cual será fijada en relación a la jornada mensual que el trabajador a tiempo parcial viene realizando, de modo que, como retribución vacacional recibirá el salario mensual que normalmente percibe[39].

III. Normas internacionales laborales

Al tratar la legislación nacional sobre el derecho a descanso anual de los trabajadores a tiempo parcial se señaló que el Perú había ratificado el Convenio 52 de la OIT sobre vacaciones anuales pagadas en 1959[40]. En el presente capítulo se intentará explicar la relevancia jurídica que tiene este hecho.

1. La voluntad interestatal como fuente de normas

Las normas internacionales nacen de la misma voluntad de los Estados que en ellas convienen. Mediante ellas se aspira a una homogeneidad normativa por encima de los límites nacionales.

38 Parece que el elemento que influye en el devengo del descanso anual es la duración de la relación laboral, y no la prestación (jornada diaria, semanal, mensual, etc.); de modo que si la actividad se desarrolla a lo largo del año natural, el derecho a descanso es completo, por el contrario, si la actividad se ve interrumpida –por ejemplo en los contratos temporales de duración inferior a un año- la correspondencia de este derecho será proporcional al tiempo de duración de la relación. Este es el critrerio utilizado por la jurisprudencia española. Cfr. H. Senovilla, *op. cit.*, pp. 318-319.

39 Crf. *Ibid.*, pp. 320-322.

40 Cfr. Capítulo II, 1.

Lo que llevó a regular las relaciones laborales a escala internacional fue la consideración de que en realidad se trata de un problema que afecta al hombre mismo, al trabajador –cuya protección no puede depender exclusivamente del sistema jurídico que su país adopte-, así como razones de índole económico[41] .Es así como en 1919 se constituyó la OIT para promover la elaboración y establecimiento de una legislación social en todos sus Estados miembros.

El conjunto de normas internacionales del trabajo son el resultado de una vasta y particular "negociación colectiva": trabajadores, empresarios y gobiernos que representan a la casi totalidad de los países del mundo, deciden y negocian, en pie de igualdad, temas de trascendencia social. Logrado el consenso sobre los fines perseguidos, el acuerdo se plasma en un texto internacional con naturaleza normativa[42] .

Pero jurídicamente, el Estado continúa siendo soberano y de su voluntad, en definitiva, depende la aplicación o no de dichas normas. En la voluntad última del Estado que ratifica un convenio reside la posibilidad de que sus dispositivos se incorporen a su ordenamiento jurídico[43] .

2. Convenios de la OIT

2.1 Definición

Es el acuerdo de voluntades emanado de la Conferencia Internacional de la OIT que se adoptan esperando convertirse en Derecho nacional o interno mediante su ratificación por los Estados miembros.

2.2 Naturaleza jurídica

Existen dos corrientes doctrinales al respecto: una les atribuye carácter de ley; la otra, de contrato[44] .

41 El coste económico de las mejoras en las condiciones de trabajo hubieran colocado en posición desventajosa al país que las llevara a cabo frente a aquéllos que no lo hicieran.

42 Cfr. I. Barbero Marcos, **Normas Internacionales del Trabajo de la OIT**, T.I, Valladolid, Lex Nova, 1993. P. 13.

43 Cfr. M. Alonso García, **Curso de Derecho del Trabajo**, 2° ed., Barcelona Ariel, 1967, pp. 87-88.

44 Cfr. G. Von Potobsky y H. Bartolomei de la Cruz, **La Organización Internacional del Trabajo**, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 26.

Scelle, que sostiene la primera tesis, señala que los convenios son verdaderas leyes internacionales dictadas por un organismo legislativo del mismo carácter. En ese sentido Plá Rodríguez distingue entre la adopción de un convenio por la conferencia, que constituye el acto-regla; y la ratificación por un Estado obligándose a él, es el acto-condición. Es decir la ratificación implica la adhesión del Estado a un acto legislativo preexistente.

Mahaim, Ramadier y otros defienden la teoría de los tratados-contratos, resaltando el acuerdo de voluntades necesario para la existencia de un convenio y su ratificación para darle un carácter ejecutorio. En otras palabras, la Conferencia Internacional del Trabajo sólo elabora proyectos de convenios, cuyo valor legislativo depende exclusivamente de las ratificaciones.

Es importante destacar que ambas tesis insisten en el elemento básico de la ratificación de los convenios; solo así los derechos y obligaciones establecidos por tales normas surgirán en el orden interno de un Estado.

2.3 Obligatoriedad de los convenios

La OIT no constituye un ente supranacional cuyas normas tengan un carácter imperativo directo. Para su obligatoriedad, los convenios requieren la ratificación del país respectivo[45].

2.3.1 Ratificación

Es el acto formal de un Estado en virtud del cual decide aceptar las proposiciones contenidas en un convenio. Es el cumplimiento de la condición requerida para que el convenio pueda devenir eficaz; una vea ratificado es fuente de obligaciones.

2.3.2 Obligaciones emanadas de la ratificación

La ratificación de un convenio acarrea dos obligaciones básicas para el

45 Sin embargo, la falta de ratificación de un convenio por un Estado miembro no lo exime del acatamiento de los principios que lo inspiran, en la medida en que están expresados en la Constitución de la OIT. Cfr. *Ibid.*, p. 31.

país interesado: proceder a su aplicación y someterse a los procedimientos destinados a verificarla. Es decir, los Estados ratificantes se comprometen a armonizar su legislación y su práctica nacional con las disposiciones del convenio, aceptando también la sumisión a una supervisión internacional.

A. Aplicación de los convenios

El artículo 19°, párrafo 5, d, de la constitución de la OIT prevé expresamente que el Estado que ratifica un convenio se compromete a adoptar "las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio". Esta obligación implica adecuar la normativa nacional existente al marco que desarrolla el convenio ratificado, así como desarrollar legislativamente la norma internacional sin contravenir sus dispositivos[46].

Pero no consiste únicamente en dar efectividad al convenio en la legislación, sino también en asegurar su aplicación en la práctica, de tal modo que las cláusulas del convenio no sean letra muerta.

En este sentido, la Convención de Viena señala en sus artículos 26° y 27°, respectivamente, que: "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...".

Aunque esta convención no ha sido ratificada por el Perú, la doctrina reconoce que ha unificado la costumbre internacional sobre esta materia[47].Al respecto Verdross afirma: "Ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídica-internacional invocando su derecho interno. Esto vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al Derecho Internacional"[48].

Cabe destacar que la característica fundamental de los convenios internacionales es la de constituir norma mínima, es decir, el derecho interno puede evolucionar por encima de lo que ellos estipulan. Así lo

46 Cfr. M. Cannessa Montejo, "Los convenios de la O.I.T. y la nueva Constitución peruana", **Asesoría Laboral**, N° 37, 1994, p. 9.

47 Cfr. *Ibid.*, p. 10.

48 A. Verdross, **Derecho Internacional Público**, Madrid, Aguilar Ediciones, 1982, p. 66, cit. por M. Canessa Montejo, ***op. cit.***, p. 11.

expresa la Constitución de la OIT en su artículo 19° párrafo 8, al disponer: "En ningún caso ... la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que los que figuren en el convenio...".

B. Mecanismos de control

Otra de las obligaciones que origina la ratificación es la de someterse a los mecanismos de control para verificar que el convenio se está aplicando efectivamente. Este control está ejercido por la OIT, los Estados miembros que hubieran ratificado también el convenio y las organizaciones profesionales de los empresarios y de trabajadores del propio país.

La OIT fiscaliza si los Estados están dando cumplimiento a los convenios ratificados mediante las Memorias que aquéllos deben presentar a la Oficina Internacional del Trabajo, acerca de las medidas adoptadas para poner en ejecución los convenios. Así lo dispone el artículo 22° de la Constitución de la OIT.

Los estados miembros que hubieran ratificado el convenio podrán formular quejas contra otro Estado que, a su parecer no haya dado cumplimiento satisfactorio a un convenio ratificado por ambos. En este caso, el Consejo de Administración puede intervenir nombrando una comisión que deberá redactar un informe sobre los hechos determinantes del litigio o formulando recomendaciones sobre las medidas a adoptar, puede incluso llegar a intervenir nombrando una comisión que deberá redactar un informe sobre los hechos determinantes del litigio o formulando recomendaciones sobre las medidas a adoptar, puede incluso llegar a intervenir el Tribunal Internacional de Justicia. Este procedimiento está regulado por la Constitución de la OIT, en los artículos 26 y siguientes.

Las organizaciones profesionales de empresarios o de trabajadores pueden formular reclamaciones ante la Oficina Internacional del Trabajo alegando que su país no ha adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento satisfactorio del convenio ratificado, según lo establecen los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT. En este supuesto, el Consejo de Administración comunica el reclamo al gobierno contra el cual se ha presentado. Si el Consejo no considera satisfactoria la

respuesta recibida de parte del gobierno –o si no hay respuesta alguna- podrá hacer pública el reclamo.

Por consiguiente el control que se ejerce sobre los Estados ratificantes, se trata, en realidad de una condena moral más que de una medida jurídica. No hay mejor control en cuanto a la aplicación y cumplimiento de un convenio ratificado que el que presten los mismos Estados.

3. El Perú y el cumplimiento del convenio 52 de la OIT

Como se señaló anteriormente, el Perú ratificó el Convenio 52 de la OIT, el cual reconoce el derecho a vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos, a todas las personas comprendidas en su artículo 1°, sin establecer excepciones en virtud de la duración de la jornada[49].

Asimismo, se ha hecho referencia al deber de los Estados de presentar una memoria anual ante la Oficina Internacional del Trabajo para verificar el cumplimiento de los convenios[50]. Pues bien, la memoria correspondiente a la aplicación del Convenio 52 deberá ser presentada en 1998[51], siendo necesario –según lo establecido por el Consejo de Administración- proporcionar información sobre leyes, reglamentos y demás normas que regulen las vacaciones anuales pagadas, información detallada **respecto de cada uno de los artículos del convenio** sobre leyes, reglamentos, disposiciones judiciales, administrativas u otras medidas que lo aplican, etc.[52].

La legislación laboral interna, vigente en la actualidad, que regula los descansos remunerados, está constituida por el Dec. Leg. N° 713 y su reglamento (DS N° 012-92-TR), que según lo establecido en los artículos ya citados[53], negarían el derecho a vacaciones anuales pagadas a quienes trabajan a tiempo parcial. En consecuencia, el Perú, a través de tales normas, estaría contraviniendo el Convenio 52 que ha ratificado, estaría incumpliendo las obligaciones internacionales que ha contraído y deberá dar cuenta de ello este año.

49 Cfr. P. 14.

50 Cfr. Capítulo III, 2.3.2., B.

51 OIT, **Manual sobre procedimientos con materia de convenios y recomendaciones del trabajo**, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1984, p.16.

52 Cfr. *Ibid.*, pp. 17-18.

Cabe señalar que nuestra Constitución, en el artículo 118, inciso 1° establece: "Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás dispositivos legales", por lo que se podría afirmar que hay un incumplimiento de la propia norma constitucional.

IV. Solución al conflicto de normas

Al finalizar la primera parte del capítulo II se señaló la existencia de un conflicto entre las normas vigentes que regulan el derecho a vacaciones, problemática que la doctrina peruana no se ha planteado pues mayoritariamente afirma que los trabajadores a tiempo parcial no gozan de tal beneficio.

El conflicto se produce cuando dos o más normas regulan el mismo hecho de modo incompatible entre sí. Ante esta situación es recomendable seleccionar sólo una de ellas para aplicarla al caso concreto.

Los criterios de selección son lo siguientes:

1. Jerarquía de normas

1.1. Primacía de la Constitución

> "El orden jurídico –escribe Kelsen- 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 éstas hállase 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"[54].

La doctrina kelnesiana sobre la jerarquía de las normas –situando a la Constitución en la cúspide de la célebre pirámide-, ha sido también

53 Cfr. pp. 16-17.

54 E. Chirinos Soto, **La Nueva Constitución al alcance de todos**, 3° ed., Lima, AFA, 1984, p. 1020.

recogido por nuestra Carta Magna en el artículo 51°, que establece: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...".

Es por ello, que la consagración de normas, principios o derechos laborales a nivel constitucional supone una alta valorización del Derecho del Trabajo y de los intereses y bienes por él tutelados, significa que el orden jurídico nacional le reconoce máxima importancia. "Desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico, el reconocimiento constitucional de un derecho supone más: crea una suerte de privilegio del bien jurídico tutelado o del valor consagrado, que lo vuelve intangible por normas infraconstitucionales..." [55].

La Constitución de 1993, en el artículo 23°, reconoce el derecho a descanso anual remunerado de los trabajadores. Al respecto, Rondón Vásquez, afirma: "La expresión trabajadores comprende, sin excepción, a todas las personas que trabajan, cualesquiera que sean la naturaleza de su actividad y la duración del trabajo por día, semana o mes, entendiéndose que se puede establecer requisitos"[56].

Nos adherimos plenamente a lo expresado por este autor, pues tal artículo, conforme está redactado, no está destinado sólo a determinadas categorías de trabajadores sino que el derecho se otorga de modo global. Al remitirnos a la ley o al convenio señala que ellos regularán su disfrute y compensación. Suponer que, en aplicación de esto último, la ley puede privar de dicho beneficio a ciertos trabajadores, sería irrazonable y arbitrario. Se vulneraría, el principio *Non licet distinguere ubi lex non distinguit*, y en consecuencia infringiría la propia Constitución, que no sólo ha reconocido el derecho de modo general, sino que, además establece expresamente que: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales..."[57].

1.2. Rango de los convenios en el ordenamiento jurídico peruano.

La actual Constitución elimina el término convenio para referirse a los convenios internacionales, unificando bajo la denominación de trata-

55 G. Giugni, ***Diritto sindicale***, 9° ed., Bari, 1991, p. 271, cit por J. Ermida Uriarte, "Constitucionalización del Derecho Laboral", **Asesoría Laboral**, N° 26, 1993, p.19.

56 J. Rondón Vásquez, **Derecho del Trabajo Individual**, Lima Edial, 1995, p. 240.

57 Artículo 23°, tercer párrafo.

do a todas las normas internacionales sujetas a ser incorporadas dentro del ordenamiento jurídico nacional[58].

El artículo 2°, numeral 1 de la Convención de Viena de 1969 establece en su inciso a) que: "se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ... cualquiera que sea su denominación particular".

El Perú –aunque no haya ratificado dicha convención- al unificar los términos en su texto constitucional, se adecúa a los criterios manejados en la doctrina internacional, en donde han desaparecido los distingos entre las normas internacionales por considerar que su denominación no tiene ninguna importancia desde el punto de vista del valor internacional de las obligaciones contraídas[59]. Así

> "... Cualquiera sea la denominación que se le de al instrumento, si se trata de un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos regidos por el Derecho Internacional, es un tratado. Las diferentes denominaciones se explican por razones técnico–formales, pero no afectan su naturaleza jurídica ni implican una exclusión del concepto de tratado"[60].

Quedando aclarado que tratado y convenio son equivalentes, es posible hacer referencia al rango que ocupan en nuestro ordenamiento.

El Art. 55° de la Constitución vigente establece: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Este dispositivo recoge al igual que en la Constitución anterior el principio de recepción automática de las normas internacionales, pero no reconoce la prevalencia de la norma internacional frente a la ley interna en caso de conflicto como lo dispuso el artículo 101° de la Constitución de 1979; tampoco menciona el rango normativo de que gozan los tratados en el ordenamiento nacional.

Sin embargo el artículo 200° inciso 4 del título V "De las garantías constitucionales" es el que define el rango de los tratados internaciona-

58 Cfr. M. Canessa Montejo, ***op. cit.***, p.8.

59 Cfr. M. De la Lama Eggestedt, "Tratados en la Constitución" en F. Eguiguren Praeli, (ed.), **Constitución política de 1979 y sus problemas de aplicación: 11 estudios interpretativos**, Lima, Cultural Cuzco, 1987, p. 473.

60 *Ibidem.*

les al establecer que: "Son garantías constitucionales: 4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, ... tratados...". Con dicho dispositivo la Constitución de 1993 atribuye a los tratados internacionales rango de ley.

Si un tratado regula el mismo hecho que una ley interna de modo incompatible, en virtud del criterio de jerarquía no se podría establecer distingos jurídicos entre ambas, ya que gozan del mismo rango.

Sin embargo, es importante resaltar que en este caso se trata de un convenio internacional que recoge un derecho reconocido también por la propia Constitución. Al respecto, la cuarta disposición final y transitoria de la constitución señala:

> "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos[61] y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú".

De este modo, para establecer el sentido de un precepto constitucional, que reconoce un derecho también regulado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por un tratado, es indispensable acudir a estas normas internacionales. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el tratado. Según Neves Mujica, esta situación equivale a una constitucionalización de dichos tratados:

> "...Será posible, por tanto, interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley que transgreda la regulación de un derecho consagrado simultáneamente por la Constitución y un tratado ratificado, por una infracción de aspectos no contenidos en la primera (pues el artículo 25° señala **los trabajado-**

61 La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobado por el Perú mediante Res. Leg. N° 13282 el 9 de diciembre de 1959, establece:
Artículo 24: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas".
Artículo 30: "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración".

> **res,** de modo general) pero si en el segundo (ya que el artículo 2° del convenio 52 otorga el descanso anual a **toda persona** a la que se aplique el convenio)"[62].

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad que aquí se señala, la norma que la desarrolla es la Ley N° 26435 (del 1° de enero de 1995), que en su artículo 26° dispone que tal acción se interpone contra la norma infractora dentro del plazo de seis meses, contados a partir de su publicación; vencido el plazo indicado, prescribe la acción, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 51° y por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución. Por consiguiente, al haberse vencido el plazo, ya no se podría interponer una acción de inconstitucionalidad contra el Dec. Leg. N° 713, el cual niega el derecho a treinta días de descanso vacacional a quienes tienen una jornada ordinaria menos de cuatro horas, que como ya se ha explicado infringe el artículo 25° de la Constitución. Sin embargo, mediante una forzada interpretación podría entenderse que el Dec. Leg. N° 713 no priva del derecho a vacaciones a los trabajadores a tiempo parcial, sino que simplemente a éstos no se les va a otorgar **treinta días** de vacaciones. Esta interpretación pierde sustento al leer el artículo 11 de su reglamento que expresamente señala: "Tiene derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla con una jornada ordinaria mínima, de cuatro (04) horas...".

Entablar una acción popular contra tal reglamento (DS N° 012-92-TR), fundamentada en su infracción a la Constitución y al Convenio 52, es igualmente imposible pues el artículo 6° de la ley N° 24968 (Ley Procesal de la Acción Popular) señala que cuando se trata de normas violatorias de la Constitución el plazo de prescripción es de cinco años a partir de la fecha de publicación, es decir, hasta el pasado diciembre[63].

En consecuencia, debido a la imposibilidad de entablar las referidas acciones, los jueces, en aplicación de los artículos 51 y 138[64] de la Carta Magna, harán prevalecer la Constitución, interpretando su artí-

62 J. Neves Mujica, **Introducción al Derecho del Trabajo**, Lima, ARA, 1997, p. 71.

63 El D:S. N° 012-92-TR se publicó el 2 de diciembre de 1992.

64 Artículo 138.- "... En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre todo otra norma de rango inferior".

culo 25° de conformidad con el convenio 52 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según lo dispuesto por la cuarta disposición final y transitoria. En consecuencia se le reconocería el derecho a vacaciones a los trabajadores a tiempo parcial.

2. Principio *lex posterior derogar priori*

Otra solución para una concurrencia conflictiva entre un convenio de la OIT y una ley nacional es recurrir a este principio en razón de que ambas normas gozan del mismo rango jerárquico, es decir la norma posterior derogaría a la anterior independientemente de que sea nacional o internacional el dispositivo derogado.

Evidentemente este principio no es aplicable en ese sentido. Además de lo señalado en el punto anterior, la norma internacional no puede ser derogada por una norma interna dictada posteriormente ya que la denuncia de los convenios de la OIT es el único recurso que permite inaplicar las normas internacionales del trabajo ratificadas por un Estado.

3. Principio de norma más favorable

El Derecho del trabajo ha formulado un principio específico para la solución de los conflictos: cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, debe seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador o clase trabajadora.

Sin embargo, este principio no ha sido recogido por nuestra Constitución. Al respecto la doctrina entiende que la recepción de los principios por el ordenamiento no es indispensable para su vigencia, ya que son meta-legales y su propia naturaleza los sitúa por encima del derecho positivo[65]. Además, la Ley Procesal de Trabajo[66] en su artículo II establece expresamente la aplicación de la norma más favorable al trabajador. Es decir, la recepción de este principio por nuestro ordenamiento no tiene nivel constitucional pero sí legislativo.

Una vez reconocido que el convenio de la OIT y la ley interna son normas laborales y que asimismo ambas cumplen con los tres límites

65 Cfr. Neves Mujica, "Los principios del Derecho del Trabajo en la Constitución y el proyecto", **Asesoría laboral**, N° 31, 1993, p. 20.

66 Ley N° 26636 del 24/06/96.

exigidos: materiales, instrumentales y aplicativos[67] entonces, es posible la aplicación de este principio. Este es el caso del Convenio 52 de la OIT y del Dec. Leg. 713 (conjuntamente con su reglamento).

Como se señaló anteriormente, el tratado no puede dejarse sin efecto por la ley sino previa denuncia. Si esto no se ha dado debe preferirse aquél, mas aún si establece condiciones más favorables para una clase trabajadora. La norma peyorativa queda postergada en la aplicación pero no eliminada, sigue formando parte del ordenamiento[68].

Esta solución corresponde a la naturaleza del Derecho laboral, protector del trabajador.

Por consiguiente, en el caso de quienes laboran en una jornada mayor a cuatro horas, la norma aplicable será el Dec. Leg. 713 y su reglamento, que otorga 30 días de descanso vacacional –en aplicación también dispuesta en el artículo 19° inciso 8 de la Constitución de la OIT, que establece el carácter de norma mínima de los convenios- mientras que para los trabajadores a tiempo parcial la norma vigente más favorable es el convenio 52 de la OIT, que le reconoce por lo menos seis días de descanso anual.

4. Otros principios

En este punto se tratará sobre aquellos principios que en realidad no son propiamente utilizados para la solución de conflictos normativos, pero que de una u otra manera guardan relación con el tema investigado.

4.1 Principio de condición más beneficiosa

Se aplica en caso de sucesión de normas. Por tanto no existen normas concurrentes e incompatibles, sino que se trata de la eliminación de una primera regulación por otra siguiente que la sustituye.

En dicha sucesión de normas han sido disminuidos o ya no se contemplan los beneficios que los trabajadores venían disfrutando. "No se está ante un problema de comparación de normas, sino ante una comparación de condiciones laborales de las que el trabajador viniera bene-

67 J. Neves Mujica, *op. cit.*, pp. 136-144.

68 Cfr. A. Montoya Melgar, *op. cit.*, p. 216.

ficiándose y las que se derivarían de la aplicación de una normativa sobrevenida que no contemplara aquellos beneficios"[69]. En virtud de este principio, aún con la nueva normativa, los trabajadores tienen derecho a retener tales beneficios. Es decir se plantea la ultraactividad de la norma bajo la cual nació el derecho.

Este principio se aplicaría a la sucesión de los reglamentos de la LFE[70], pues en el anterior –aunque con dificultad para hacerlo viable- se reconocía el derecho a vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial, y en el que se encuentra vigente, dicho beneficio ya no se contempla[71]. Ambas normas tienen el mismo origen, ámbito, rango. Por lo tanto la aplicación de tal principio sería posible[72].

Sin embargo, la doctrina discrepa de la solución a este caso según el ordenamiento jurídico acoja la teoría de los derechos adquiridos o de los hechos cumplidos. Al respecto se discutía cuál era la posición de nuestro sistema-

La tercera disposición complementaria, transitoria y derogatoria del D.S: N° 003-97-TR ha venido a aclarar este punto estableciendo que a efecto de lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución[73] la ley laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso.

Por tanto, en razón de esta disposición, no procedería aplicar el principio de condición más beneficiosa, por lo menos en el ámbito laboral[74].

4.2 Principio de igualdad

Se trata en realidad, de un derecho recogido de nuestra Constitución[75], que resultaría vulnerado si se privara del derecho a descanso anual a una clase trabajadora sin más caracteres diferentes que una jornada reducida.

69 *Ibid*, p. 220.

70 D.S. N°004-93-TR y D.S. N° 001-96-TR.

71 Cfr. pp. 16-17.

72 Cfr. J. Neves Mujica, ***op. cit.***, p. 147.

73 Artículo 62°- "La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes y otras disposiciones de cualquier clase...".

74 Sin embargo, aún podría discutirse el que una norma reglamentaria esté desarrollando una norma constitucional en un sentido, al parecer contrario.

El principio de igualdad, al estar reconocido expresamente por la Carta Maga –incluso, como uno de los derechos fundamentales de la persona-, vincula a los poderes públicos y gobierna el resto de fuentes normativas en razón del orden jerárquico del sistema de fuentes; así como por la naturaleza de las normas laborales, inspiradas para proteger al trabajador.

En la dualidad del tratamientos es donde se considera que radica la posible infracción al principio de igualdad ante la ley, al producir una discriminación para los trabajadores con una jornada inferior a cuatro horas, a los que se niega determinados beneficios sociales, frente a quienes superen dicha duración. Sobre qué trabajadores deben ser sujetos del derecho de vacaciones anuales retribuidas, compartimos la opinión de Demarás, el cual sostiene:

> "Anhelamos el amparo general sin el privilegio de ciertas categorías de trabajadores; es decir, que todos se encuentren bajo las mismas disposiciones de legislación social que les beneficie, al margen de todo núcleo aristocrático dentro de la masa asalariada"[76].

El desarrollo del principio de igualdad no conlleva la identidad de condiciones ni de derechos en sentido estricto. Se debe entender que caben diferenciaciones siempre que existan factores que justifiquen la desigualdad[77]. En este sentido, la peculiaridad de la menor duración de la jornada no puede empeorar o dejar en condiciones de inferioridad a los trabajadores. De dicha diferencia, sólo se puede extraer, en todo caso, la proporcionalidad del trato.

El principio de proporcionalidad se ha formulado en el marco del Estado de Derecho y en la esfera de los derechos constitucionales, como el criterio corrector que tiene la función de valorar las diferencias de

75 Constitución Política del Perú:
Artículo 2°: "Toda persona tiene derecho: 2 A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

76 Demarás, **Tiempo libre de los trabajadores**, Buenos Aires, 1942, p. 84, ***op. cit.*** G. Cabanellas, **Tratado de Derecho Laboral**, t. II, Buenos Aires, El Gráfico, 1949.

77 Cfr. Rodríguez Piñeiro y Fernández López, **Igualdad y discriminación**, Madrid, Tecnos, 1986, p. 53, cit. por M. Merino Senovilla, ***op. cit.***, p. 304.

trato dispuestas por los poderes públicos[78]. Mediante este criterio se busca proteger de modo adecuado los derechos que se podrían ver menoscabados en razón de la presencia de ciertas desigualdades. "No toda diferencia o cualquier naturaleza en la diferencia produce cualquier desigualdad, sino que únicamente el trato diferente debe dispensarse en relación proporcional y racional de las características desiguales"[79].

Por consiguiente, en respeto al principio de igualdad, los trabajadores a tiempo parcial gozarían también del descanso vacacional en razón de que este contrato carece de elementos que lleguen a alterar sustancialmente la relación laboral[80]. Las diferencias, derivadas de la reducción de la prestación, se regularán mediante el criterio de la proporcionalidad.

Este criterio, tal como ocurre en España, se aplicaría para determinar la remuneración a la que el trabajador tiene derecho durante el descanso anual, frente a la que, por dicho concepto, reciben los trabajadores a tiempo completo. En ese sentido, quienes laboran en una jornada inferior a las cuatro horas obtendrían la remuneración que normalmente perciben en un mes de acuerdo a las horas trabajadas en ese período, cuyo monto sería menor a lo percibido por quienes realizan la misma labor a tiempo completo. Pero tal criterio no se aplicaría para fijar el número de días que comprende el descanso vacacional de los trabajadores a tiempo parcial, pues tratándose de relaciones laborales esencialmente iguales, corresponde paridad de trato; tal como sostiene la jurisprudencia española: "Si la actividad se desarrolla o se va a desarrollar a lo largo del año natural, el derecho o descanso es completo..."[81].

Por lo expuesto, y de acuerdo a lo establecido por el artículo 2°, inciso 2 de la Constitución de 1993, en concordancia con el artículo 25° -el cual, al referirse a la jornada legal establece un máximo de ocho horas, pero no un mínimo, otorgando el derecho a vacaciones a los

78 Cfr. Pedraz Penalva y Ortega Benito. "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Literatura especializada alemanas", **Revista Poder Judicial**, N° 17, 1990, p. 69, cit. por H. Merino Senovilla, ***op. cit.***, p. 122.

79 M. Merino Senovilla, ***op. cit.***, p. 122.

80 Cfr. capítulo I, 2.4.

81 Cfr. nota al pie de página N° 38.

trabajadores en general sin señalar una duración mínima de su jornada-, los trabajadores a tiempo parcial gozarían también del derecho a treinta días de descanso anual.

Por tanto, el Dec. Leg. 713 y su reglamento estarían contraviniendo la Constitución en cuanto vulneran el principio de igualdad ante la ley. Dichas normas ni siquiera contemplan el criterio de la proporcionalidad para otorgar el derecho a vacaciones a los trabajadores a tiempo parcial –criterio que, como se ha explicado, no sería aplicable para establecer diferencias en cuanto al número de días de descanso- sino que, de plano, los privan de tal beneficio. Lo que se toma, entonces, es la norma constitucional en virtud de su superioridad jerárquica.

Conclusiones

Primera:
Se puede afirmar que en el trabajo a tiempo parcial no existen elementos especiales que justifiquen un régimen jurídico distinto. La única diferencia que presenta, frente a la relación común, es la menor duración de su jornada. La naturaleza jurídica del contrato y de la obligación laboral no varía por razón del tiempo: El trabajador continúa obligado a prestar sus servicios de modo personal y subordinado a favor del empleador, a cambio de una remuneración y durante la jornada acordada en el contrato, el cual puede ser celebrado sin necesidad de que concurran circunstancias determinadas.

Por todo ello el trabajo a tiempo parcial se debe tipificar como contrato laboral común en el que la duración de la jornada es menor a la ordinaria. En consecuencia, a los trabajadores a tiempo parcial les corresponde el mismo tratamiento jurídico que a quienes laboran a tiempo completo, es decir, tienen derechos y obligaciones equivalentes.

Segunda:
Atendiendo a la motivación y naturaleza del descanso vacacional, no habría razón alguna para excluir a los trabajadores a tiempo parcial del goce de tal beneficio. El derecho a descanso anual se fundamenta en razones de origen fisiológico, sociológico, social y familiar; y, aunque la jornada en el contrato a tiempo parcial sea menor, la obligación de trabajar ha sido cumplida en los términos acordados. Por tanto, tam-

bién es indispensable un descanso mas aún teniendo en cuenta que actualmente, debido a la escasez de empleo y al alto costo de vida, muchas personas trabajan a tiempo parcial para distintos empleadores durante el día. De aquí que el derecho a vacaciones sea una consecuencia lógica derivada del vínculo laboral, por una prestación de servicios durante un año.

Tercera:
Los Estados están obligados a cumplir las obligaciones internacionales contraídas. El hecho vinculante es la ratificación de los tratados.

El Perú ha ratificado el Convenio 52 de la OIT y, por tanto, es su deber hacerlo efectivo y no transgredir sus normas, quedando sometido al control internacional.

Cuarta:
Actualmente existe un conflicto entre las normas que regulan el derecho a vacaciones: La Constitución y el Convenio 52 de la OIT reconocen este derecho a los trabajadores en general, sin distinciones en razón de su jornada. En contraposición, el Dec. Leg. N° 713 y su reglamento exigen el requisito de cuatro horas de jornada ordinaria como mínimo, para poder gozar de 30 días de descanso anual.

Quinta:
Los jueces, en virtud del criterio de jerarquía normativa, deben reconocer el derecho a descanso anual de los trabajadores a tiempo parcial; pues el artículo 25° de la Constitución, -que recoge tal beneficio sin discriminación alguna- se interpreta de conformidad con el Convenio 52 de la OIT y la Declaración Universal de Derechos Humanos, según lo establecido por la propia Carta Magna (cuarta disposición final y transitoria).

Sexta:
Por otra parte, de acuerdo al principio de la norma más favorable –principio propio del Derecho Laboral- los trabajadores a tiempo parcial gozan, por lo menos, de seis días de descanso anual, según lo establecido por el Convenio 52 de la OIT, que en su caso, es la norma a aplicar, frente al Dec. Leg. N° 713 que los priva de tal beneficio.

Séptima:
En aplicación de las normas constitucionales, contenidas en el artículo 2°, inciso 2, que recoge el principio de igualdad ante la ley; en concordancia con el artículo 25°, que reconoce el derecho a vacaciones de los trabajadores en general; y el artículo 23 que establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, se concluye que corresponde a los trabajadores a tiempo parcial gozar de treinta días de descanso vacacional.

Es necesario considerar que la igualdad ante la ley, reconocida por la Constitución como un derecho fundamental, no implica necesariamente una identidad de condiciones; pues también se manifiesta a través del criterio de proporcionalidad, cuya función es adecuar la igualdad a situaciones desiguales. Sin embargo, tratándose de relaciones laborales equivalentes, en las cuales los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, subordinación y remuneración) están igualmente presentes, el criterio de proporcionalidad sería aplicable sólo para determinar la remuneración a la que el trabajador a tiempo parcial tendría derecho durante el descanso anual, que sería menor a lo percibido por quienes realizan la misma labor a tiempo completo. Por tal razón del Dec. Leg. N°713 y su reglamento infringen la Constitución misma al vulnerar un derecho consagrado por ella.

Octava:
Es evidente que, para adaptarse a las nuevas exigencias del mercado de trabajo, se requiere una normativa flexible que regule las relaciones laborales; la cual no debe ser entendida como una desregularización –o, peor aún, un atropello- de los derechos de los trabajadores. Por ello considero necesario la promulgación de una norma clara, en la que expresamente se reconozca el derecho a descanso anual de 30 días que poseen quienes trabajan a tiempo parcial, para evitar se cometan injusticias al aplicar el De. Leg. N° 713 directamente, sin percatarse del conflicto de normas existente. Sólo así el Derecho del trabajo cumpliría con su razón de ser: la protección del trabajador.

Abreviaturas utilizadas

D.S.	Decreto Supremo
Dec. Leg.	Decreto Legislativo
ET	Estatuto de los trabajadores
LFE	Ley de Fomento del Empleo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RD	Real Decreto
Res. Leg.	Resolución Legislativa
TUO	Texto Único Ordenado

FUENTES

I. Legislación Internacional:

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Aprobada por el Perú mediante Res. Leg. N° 13282 del 15/12/59).

Convenio N° 52 de la OIT (Aprobado por el Perú mediante Res. Leg. N° 13284 del 15/12/59).

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1982.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Hecho en Viena el 23/5/69).

II. Legislación Nacional

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución Política del Perú en 1979.

Legislación General del Trabajo, Trujillo, Normas Legales, 1997.

N° 26435: Ley del Tribunal Constitucional (expedido el 10/01/95).

Ley N° 24968: Ley Procesal de la Acción Popular (dictada el 20/12/88).

D.S. N°004-93-TR: Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (publicada el 26/4/93)

III. Legislación Española

Sampere Navarro, A. y Galiana Moreno, J. (ed.), *Legislación laboral y de la seguridad social*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Bibliografía

AA.VV.
1994 "Casos Especiales de CTS: Trabajadores sin Jornada Mínima", **Asesoría Laboral**, N° 41, mayo.

AA.VV.
1996 "Descansos", **Asesoría Laboral**, N°62, febrero.

AA.VV.
1993 "El trabajo y la Seguridad Social en las Constituciones Peruanas", **Asesoría Laboral**, N° 26, febrero.

AA.VV.
1997 "Derecho al Descanso Vacacional", **Informativo Caballero Bustamante**, N° 371, marzo.

AA.VV.
1993 "Descanso Vacacional", **Asesoría Laboral**, N° 32, agosto.

AA.VV.,
1996 "Suspensión del Contrato de Trabajo", **Asesoría Laboral**, N° 68, agosto.

AA.VV.
1996 "Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo: Rectificaciones Saludables", **Informe Laboral**, N°124, abril.

AA.VV.
1993 "Vacaciones para los trabajadores destacados", **Análisis Laboral**, Vol. XVII – 151, mayo.

ALONSO GARCÍA, M.
1967 **Curso de Derecho del Trabajo**, 2° ed., Barcelona, Ariel.

ALONSO OLEA, M., y M. Casas Baamonde
1991 **Derecho del Trabajo**, 12° ed., Madrid, Universidad Complutense1.

ALONSO OLEA, M.
"La Reforma del Mercado de Trabajo", **Themis**, N° 34.

ALONSO OLEA, M.
Las Fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, 2° ed., Madrid, .

BARBERO Marcos, J.
1993 **Normas Internacionales del Trabajo de la OIT**, Valladolid, Lex N° 1993.

BOISSONNAT, J.
1996 "Lucha contra el desempleo y reconstrucción del trabajo en Francia", **Revista Internacional del Trabajo**. N° 1.

BORRAJO DA CRUZ, E.,
1989 **Introducción al Derecho del Trabajo**, 6° ed. Madrid, Tecnos S.A.

BRICEÑO RUIZ, A.
1985 **Derecho Individual del Trabajo**, México, Harla.

CABANELLAS, G.
1949 **Tratado de Derecho Laboral**, t.II., Buenos Aires, El Gráfico.

CANNESA MONTEJO, M.,
1994 "Los convenios de la OIT y la nueva Constitución peruana". **Asesoría Laboral**, N° 37, enero.

CARRILLO CALLE, M.
1994 "Los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993 y su ubicación en el contexto constitucional hispanoamericano", **Asesoría Laboral**, N° 37, enero4.

CARRILLO CALLE, M.
1994 "La OIT y el control Supranacional de la Legislación Internacional del Trabajo", **Análisis Laboral**, N° 202, abril.

CORNEJO VARGAS, C.
1984 "Aciertos y Desaciertos de la Vigencia de Normas en el tiempo en la Constitución de 1993", **Asesoría Laboral**, N° 48, diciembre.

DIEGUEZ, G.
1991 **Colecciones del Derecho del Trabajo**, 3° ed., Madrid, Civitas,.

CHIRINOS SOTO, E. y F. Chirinos Soto
1994 **Constitución de 1993: Lectura y Comentario,** Lima, Nerman.

CHIRINOS SOTO, E.
1984 **La Nueva Constitución al alcance de todos**, 3° ed., Lima, AFA Edit. Importadores.

DE LA LAMA, M.,
1987 "Tratados en la Constitución", en F. Eguiguren Praeli, (Ed.), **Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación: 11 estudios interpretativos**. Lima, Cultural Cuzco,.

De los Heros, A.
1996 "La Reforma Laboral y sus efectos", **Themis**, N° 33.

Ermida Uriarte, O.
1993 "Constitucionalización del Derecho Laboral". Asesoría Laboral, N° febrero.

García de Enterría, E. y T. Fernández
1993 **Curso de Derecho Administrativo**, 6° ed., v.I, Madrid, Civitas.

García Ortega, J., J. Ramírez Martínez y T. Sala Franco
1994 **Curso de Derecho del Trabajo**, 3° ed., Valencia, Tirant Lo Blanch.

Marshall, A., "Consecuencias económicas de los Regímenes de Protección de los trabajadores en América Latina", **Revista Internacional del Trabajo**, N° 1, enero.

Merino Senovilla,H.
1994 **El trabajo a tiempo parcial**, Valladolid, Lex Nova.

Montoya Melgar, A.
1992 **Derecho del trabajo**, 13° ed., Madrid, Tecnos.

Neves Mujica, J.
1997 **Introducción al Derecho del Trabajo**, 1° ed., Lima, Ara Editores.

Neves Mujica, J.
1994 "Los principios del Derecho del Trabajo, en la Constitución y en el Proyecto", **Asesoría Laboral**, N° 37, enero.

Neves Mujica, J.
1993 "Vigencia de las Normas Laborales en el tiempo", **Asesoría Laboral**, N° 27, marzo.

NEVES MUJICA, J.
1994 "Impuestos de aplicación de normas laborales", **Asesoría Laboral**, N°38, febrero.

OIT
1984 **Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo**, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

OJEDA AVILES, A.
1994 "El Contrato a tiempo parcial en España", **Asesoría Laboral**, N° 40, abril.

PASCO COSMÓPOLIS, M.
1996 "Flexibilización y Desregulación", **Themis**, N° 34.

PASTOR RIDROVEJO, J.
1992 **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**, 4ª ed., Madrid, Tecnos.

RONDÓN VÁSQUEZ, J.
1995 **Derecho del trabajo individual**, Lima, Edial.

RUPRECHT, A.
1981 "Vacaciones" en **Enciclopedia Jurídica Omeba**, v.XXVI, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1981.

SANGUINETI URIARTE, W.
1993 "Los Contratos a Modalidad de la Ley de Fomento del Empleo", **Asesoría Laboral**, N° 26, febrero/1993.

VON POTOBSKY, G. Y H. Bartolomei de la Cruz
1990 **La Organización Internacional del Trabajo**, Buenos Aires, Astrea, 1990.

ZAVALA COSTA, J.
1994 "Remuneraciones y Jornadas de Trabajo", **Asesoría Laboral**, N° 37, enero/1994.

Justicia, eficiencia y comunidades campesinas

Enrique Delgado Flores

Introducción

Diego García-Sayán[1], narra la historia de un juez de paz, ante quien se presenta la cuestión de determinar la propiedad de una vaca, que era discutida por dos vecinos. El juez de la historia, con mucha sabiduría decide dejar libre al animal, que a paso lento pero seguro, se dirige al corral de uno de los litigantes, dueño sin duda del animal.

La moraleja de la historia, estriba en la aceptación de la capacidad para resolver conflictos por parte de operadores no-profesionales del derecho. Como podrá apreciarse el final es feliz, y la solución eficiente, pues nuestro juez cumplió con el fin último del proceso 'la paz social', disipó la incertidumbre asignando una titularidad de un modo más eficiente (si es posible) que la del mercado, y a pesar del tiempo que tardó la vaca en dirigirse a su corral, este debe ser sin duda alguna uno de los procesos de mayor celeridad.

El problema que planteamos en el presente trabajo, no es ciertamente novedoso, habida cuenta de la facilidad con la que cualquier persona –ligada o no al quehacer judicial- puede constatar el estado real de nuestro sistema de administración de justicia, y muy especialmente el referente al Poder Judicial[2].

1 García-Sayán, 1987, pp. 39-43.

2 Según una encuesta de Apoyo S.A., el 92% de los peruanos tiene desconfianza de los magistrados del Poder Judicial. Citado por Bustamante, 1993, p. 19.

Existe una amplia literatura sobre el tema, la cual ha estudiado el problema, centrándose sobre todo en el Poder Judicial. Así, existen estudios respecto a la percepción del ciudadano frente a este órgano, otros que hablan de la corrupción, algunos de la falta de celeridad procesal; etc. Existen también otros trabajos que, preferentemente desde una perspectiva sociológica, analizan el tema de los mecanismos de administración de justicia "populares" y "alternativos"[3].

Dentro del segundo grupo de estudios mencionados, hay quienes sostienen que una forma de mejorar el funcionamiento de la administración de justicia en nuestro país es la "desjudicialización" de una serie de procesos, pues la reducción de los conflictos "justiciables" en el Poder Judicial, permitirá solucionar algunos de sus problemas, sobre todo los derivados de la excesiva carga procesal[4].

En la misma línea, hace poco tiempo, el Congreso aprobó una ley que permite que muchos de los denominados "procesos no contenciosos" sean resueltos por notarios públicos; y por otro lado la Constitución Política establece la existencia de una "jurisdicción arbitral", como medio de promoción de mecanismos alternativos de solución de conflictos, y reconoce a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas ciertas potestades jurisdiccionales, en un intento de comprensión del carácter pluricultural de nuestro país.

Por otro lado, desde noviembre de 1995 existe dentro del mismo Poder Judicial una Secretaría Ejecutiva, que aunque legalmente está subordinada a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial (integrada sobre todo por magistrados), ha encarnado en la práctica amplísimos poderes, y viene trabajando en un intento de reforma "estructural" del Poder Judicial.

Para nosotros es claro que el problema de la administración de justicia en nuestro país, es mucho más amplio que el ámbito del Poder Judicial o dicho en otros términos, no creemos que baste la 'modernización' de este poder del Estado para mejorar el sistema de administración de justicia. También se hace necesario involucrar en este proceso

3 Al hablar de mecanismos de solución de conflictos populares se habla sobre todo de comunidades campesinas y nativas, rondas comunales y urbanas. Cuando se habla de mecanismos alternativos se refiere principalmente a la conciliación, mediación y arbitraje.

4 Por ejemplo en el estudio del Instituto de Economía de Libre Mercado realizado por Alberto Bustamante. **Justicia Alternativa**. 1993.

a todas las instituciones que realizan labores conexas (Ministerio Público, INPE, Policía Nacional, entre otros), y "alternativas" (cortes arbitrales, organismos de promoción de la conciliación como las DEMUNAS, comunidades campesinas, etc.)[5]

En este trabajo, empezamos, por realizar un análisis de la eficiencia como atributo de la administración de justicia, para lo cual utilizamos algunas herramientas de la economía, y luego contrastamos los criterios allí expuestos con uno de los mecanismos "alternativos", la justicia en las comunidades campesinas.

Debemos reconocer que, de modo consciente, hemos obviado muchas de las carencias más notorias del Poder Judicial (especialmente el vinculado a la apreciación general de "corrupción") y nos hemos centrado sobre todo en el problema del exceso de demanda, como causa de algunos de los costes de la administración de justicia.

En lo referente a la segunda parte del trabajo, debemos reconocer que nuestra ignorancia en los métodos de las ciencias sociales, nos ha impedido realizar un análisis más rico de los problemas vinculados a la pluralidad cultural y jurídica.

1. La eficiencia en la administración de justicia

La economía peruana, como señala el artículo 58° de la Constitución Política, es "social de mercado", lo que significa que su desarrollo está librado principalmente a la "actividad privada" dentro de un marco de libertad en la iniciativa privada.

Aunque la libertad, entendida en su más amplia acepción como la posibilidad de "buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, mientras no intentemos privar de sus bienes a otros o frenar sus esfuerzos para obtenerla"[6], constituye el marco referencial básico para la existencia de la actividad privada que reporta beneficios a los privados (y

5 Así por ejemplo, José Dellepiane, Secretario Ejecutivo de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, señalaba, que el ciudadano común achacaba las carencias de órganos como el INPE o la Policía Judicial al Poder Judicial, pues lo entiende como parte de un todo. En **ciclo de conferencias internacionales sobre la reforma de la administración de justicia**. Hotel Las Américas, Lima, agosto 1996.

6 Stuart Mill, 1980, p. 33.

por tanto a la colectividad)[7], es necesaria además la existencia de ciertas "reglas de juego", que actúen como incentivos y garantías de la actividad privada, North denomina a estas reglas "instituciones"[8].

Según el mismo North, el desarrollo económico puede ser explicado en virtud al desarrollo institucional de las naciones[9]. Estas instituciones funcionan básicamente dando "forma a la interacción humana. Por consiguiente estructuran incentivos en el actuar humano, sea político, social o económico"[10]. Según el mismo autor, las instituciones pueden ser formales o informales[11]. Dentro de la primera categoría se encontrarían las reglas políticas (y judiciales), reglas económicas y los contratos[12]; y en la segunda algunas limitaciones (*contraints*), como los códigos de conducta, normas de comportamiento y convenciones[13].

Lo interesante es que ambos tipos de limitaciones pretenden enmarcar el ámbito, dentro del cual el individuo puede diseñar su conducta libremente, y por ende su violación deberá ser pasible de algún tipo de sanción, ya que el "tipo y la eficacia de los mecanismos de exigibilidad determinan la índole total del juego"[14].

En nuestro país, desde hace algunos años, se viene realizando un esfuerzo por construir un marco institucional adecuado al tipo de desarrollo económico que se pretende, mediante el incentivo de la actividad privada; es por ello que se ha citado una considerable cantidad de dispositivos que pretenden regular (o en algunos casos "desregular") muchos campos de actividad.

Como debe resultar más o menos claro, no basta con el dictado de las normas, sino, que se requiere que éstas sean cumplidas, es por ello

7 "Un individuo que "intenta solamente su propio beneficio" es conducido por una mano invisible a alcanzar un fin que no formaba parte de sus intenciones. Ni el hecho de que ese fin no formará parte de sus intenciones es siempre malo para la sociedad. Al perseguir sus propios intereses, el individuo promueve a menudo los de la sociedad de un modo más efectivo que cuando intenta directamente promoverlos..." Adam, Smith. ***The wealth of nations.*** 1776. Citado por Friedman, 1983, p. 16.

8 North, 1983, p. 16.

9 *Ibid.*, pp. 6-9.

10 Ibidem., p. 3: "*... are the humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, wheter political, social, or economics*".

11 *Ibidem.*, p. 4

12 *Ibidem.*, p. 47.

13 *Ibid.*, p. 36.

14 *Ibid.*, p. 4 "*... the type and effectiveness of enforcement shape the hwole character of the game...*".

que el derecho prevé, una serie de mecanismos coercitivos y represivos que refuercen su cumplimiento. Estos mecanismos, que también son llamados *law enforcement*, están en manos principalmente de agentes estatales, ya sea, pertenecientes a la administración o al Poder Judicial, y en algunos casos se estipula que las partes en conflicto por incumplimiento de alguna estipulación legal (o cuando exista duda respecto del sentido de una norma), puedan recurrir a otros medios como el arbitraje, por ejemplo.

Resulta lógico que quienes participan como agentes económicos, pretendan conocer las reglas de juego para acceder participar en él; pero no basta el conocimiento, pues se requiere además poseer la certeza o creencia de que dichas reglas van a ser respetadas por todos. Un caso típico es el de la extensión del crédito bancario. En un medio donde no existe confianza en los sistemas legales previstos para la exigibilidad del pago de deudas, los bancos, solo están dispuestos a prestar a las personas con las cuales los une algún vínculo de confianza, de este modo se "oligarquiza la economía" con el consecuente perjuicio para el desarrollo.[15]

Dentro de una economía donde las transacciones operan con un carácter cooperativo, valores como el conservar el buen nombre, pueden funcionar con mayor eficacia que las más perfectas formas de exigibilidad ideadas, este es un caso de funcionamiento de instituciones informales como los códigos de conducta[16]. Sin embargo, dentro de una economía que aspira al desarrollo, las transacciones son cada vez más impersonales, de allí la importancia de contar, tanto con un marco institucional informal que estimule comportamientos eficientes como códigos de conducta, como con un bien desarrollado marco formal, respaldado por un sólido sistema de exigibilidad.

1.1 El postulado de eficiencia

El término eficiencia, para los objetivos del presente trabajo, puede ser definido como "la relación entre los beneficios totales de una situación

15 Ejemplo tomado de Trazegnies, 1995, pp. 41-42.

16 Para un análisis de las implicancias del problema de la cooperación, y 'dilema del prisionero' en un juego repetitivo, véase: North, 1990, pp. 13 y ss.

y los costes totales de la misma"[17]. En ese sentido, un organismo público (o de cualquier otro tipo) será eficiente en tanto alcance sus beneficios con el menor costo posible, que incluye no solo los gastos propios con origen en el Presupuesto de la República, sino todos aquellos que realizan los usuarios del servicio.

Debemos aclarar que la situación óptima en eficiencia que puede ser alcanzada no es la situación utópica de un sistema de administración sin injusticias, que no origina costos innecesarios, o donde las sentencias brillen por su excepcional versación jurídica; sino aquella situación más eficiente que no pueda ser mejorada con los recursos existentes sin perjudicar otro bien; en ese sentido será óptima aquella situación en la que no es posible una mejor calidad de las decisiones judiciales, sin incurrir un costo que exceda los recursos disponibles, o alternativamente aquella situación en que no es posible abaratar los costos sin perjudicar la calidad de las decisiones[18].

El objetivo del Poder Judicial puede ser definido principalmente como la solución de conflictos que surjan en la sociedad (este objetivo será el mismo en cualquier órgano de resolución de conflictos), por lo cual podemos señalar, como Santos Pastor, que lo que hace es brindar un servicio que puede ser denominado "tutela judicial de los derechos"[19], que lo brinda en aras de aumentar el "bienestar social".

1.1.1 El aporte del análisis económico del derecho

Dentro de los estudios del análisis económico del derecho, el cumplimiento o exigibilidad de las leyes, ha sido un tema recurrente.

Una gran parte de estos estudios, principalmente los realizados por Calabresi[20], se encuadran dentro del estudio de la responsabilidad civil, como mecanismo simulador de una solución de mercado, cuando

17 Polinsky, 1983, p. 19. Preferimos empezar con esta definición más cercana al sentido común que al uso técnico del término por los economistas, debido a que, emplear el concepto de acuerdo a la idea de "optimalidad paretiana", involucraría introducir el análisis los beneficios privados netos en relación a los beneficios sociales netos, escapando así del área privativa de este análisis inicial, comprendido por el órgano administrador de justicia.

18 Cfr. Pastor, 1993, p. 42.

19 Pastor, 1993, p. 40.

20 Autor de numerosos estudios sobre el tema, del cual es sin duda una autoridad. Entre sus escritos más populares: ***Tragic Choices (1978), The Cost of Accidents*** (1970), etc.

el trato directo entre las partes interesadas acarrea altos costos. Podemos ver así un primer acercamiento, que caracteriza al Poder Judicial (o al órgano que resuelve un conflicto proveniente de daños), como reasignador de bienes escasos, en especiales situaciones en las cuales existan altos costos de transacción que impidan a las partes negociar directamente[21].

Dentro de esta perspectiva del análisis económico, ha sido tradicional evaluar, lo costoso que puede significar implementar un *law enforcement,* considerando las características de los individuos[22].

Las conclusiones principales de estos estudios, pueden en gran medida resumirse en lo expuesto por Torres López: "(...) no es suficiente que los procedimientos judiciales se limiten a resolver conflictos sino que ello debe hacerse conforme a los criterios y normas que regulan dichas instituciones (...) conforme al postulado de eficiencia"[23].

Para lograr lo expuesto anteriormente, se requiere que el "uso de un sistema de exigibilidad, no ocasione mayores pérdidas que las derivadas del conflicto mismo"[24].

Es importante destacar que las conclusiones acá analizadas provienen principalmente de la denominada corriente "eficientista", que se preocupa sobre todo de alcanzar una mayor eficiencia económica, negando al Derecho la capacidad de manifestarse sobre la justicia. En contra están las críticas de Calabresi, que sostiene la posibilidad de derivar algunas nociones del Derecho a partir del análisis económico[25].

Uno de los temas de mayor preocupación dentro de este tipo de análisis es el derivado de los costes que originarían los errores judiciales. En ese sentido, se afirma, que su prevención tiene como límite el momento en que se iguala con los costos administrativos que significaría su total erradicación[26]. Creemos que esta afirmación puede ser válida en la corrección de nuestro sistema, aplicada incluso a otros aspectos. Así por ejemplo, se deberá tolerar la supervivencia de un pequeño margen de corrupción, cuando los costes de eliminarla totalmente sean superiores a los que se originen en esta falla.

21 Coase, 1960, pp. 16 y ss.

22 Ver p.e. Polinsky (1983), capítulo 10, pp. 90-101. y Santos Pastor, 1984, pp. 171-172.

23 Torres López, 1987, p. 67.

24 *Ibid.*

25 Calabresi, 1992 (1984), pp. 90 y ss.

26 Torres López, 1987, p. 68.

1.1.2 Concepto amplio de bienestar social

Como señalamos anteriormente (ver 1.1.), la misión de los órganos de administración de justicia, a partir de la tutela judicial efectiva de derechos, es finalmente acrecentar el bienestar social.

El paradigma neoclásico, subyacente a los estudios de análisis económico, supone a los individuos como maximizadores de beneficios, que al realizar sus elecciones en un contexto de escasez de recursos, preferirán las soluciones más cercanas a su función de utilidad, comprendida tanto por componentes monetarios y no monetarios.

Dentro de este contexto, surge la cuestión referente al conflicto entre la eficiencia (el tamaño de la torta) y la equidad (la forma en que ésta ha de ser distribuida)[27]. Un enfoque netamente eficientista podrá asumir que lo importante, es acrecentar su tamaño, en la idea de que si "el pastel es mayor, todos podrán obtener un trozo más grande"[28]. Sin embargo, como sabemos, los criterios adoptados por el legislador al asignar titularidades, muchas veces incluyen criterios redistributivos y otras razones como la justicia[29].

Es dentro de este contexto que resulta crucial entender cuál debe ser el criterio que guiaría las soluciones que plantee el derecho, a partir de la intervención de la administración de justicia. Rawls[30], define su Teoría de la Justicia sobre dos principios:

a) El derecho de todos a una extensa e igual gama de libertades; y,
b) El arreglo de las situaciones de desigualdad económica y social, a través de un sistema de mayor beneficio para los menos aventajados, basado en el sistema de ahorros justos, ligados a igualdad de acceso a posiciones y funciones para todos.

En base al segundo principio, resultaría coherente, tanto con una concepción de justicia cercana a equidad como con los objetivos de eficiencia, la existencia de desigualdades, siempre que existan expectativas de mejoría para los menos aventajados. Visto así, resulta claro,

27 Polinsky, 1983, p. 19.
28 *Ibid.*
29 Calabresi, 1992 (1972), pp. 101 a 108.
30 Rawls, 1979 (1971), pp. 67-68.

que la justicia es un valor distinto de la eficiencia, que puede ser introducido normativamente.

Torres López, señala, que el problema consiste en dilucidar:

> "... si la ciencia económica se constituye sobre la base de asegurar la virtualidad de unos comportamientos que se presumen lo más adecuados con arreglo con el fin supremo de eficiencia o sobre la base de proporcionar las claves que permitan orientar e influir sobre las conductas de manera que se alcancen, por el camino más expedito en cada momento, los diversos objetivos que a su vez han sido discrecionalmente fijados por los sujetos económicos, aun cuando de su propia consecución no se siga necesariamente el equilibrio perfecto del mercado en las condiciones preestablecidas de competencia perfecta"[31]

Para el presente análisis nosotros reconocemos que el concepto de bienestar social tiene un contenido amplio (e impreciso), pero asumimos que, en todo caso la labor de la administración de justicia es ampliar el bienestar social (o reducir el malestar), mediante la tutela de los derechos de los individuos que han sido atacados[32].

Respecto del problema entre eficiencia y equidad, reconocemos la existencia de una normatividad que, en supuestos específicos, puede privilegiar objetivos redistributivos o basados en la justicia aun cuando no sean eficientes, siempre y cuando no exista contradicción con el modelo de sociedad adoptado, que privilegia la acción eficiente de los individuos, mediante la protección de la libertad de la actividad privada.

1.2 La administración de justicia en el Perú

Como anteriormente definimos la administración de justicia en los términos de un servicio (ver 1.1), para realizar un primer acercamiento, que evalúe sus costes de prestación, analizaremos las funciones de la oferta y demanda.

De manera preliminar señalaremos que uno de los más graves problemas de nuestro Poder Judicial es el exceso de demanda, que a su vez

31 Torres López, 1987, p. 37.

32 Esta concepción es idéntica a la asumida por Pastor Prieto, 1993, p. 40.

se agrava por las características de la oferta y del servicio ofrecido, que estudiamos a continuación.

1.2.1 La oferta

La oferta de este servicio en nuestro país está principalmente en manos del Poder Judicial, aunque como es sabido, existen también otros "ofertantes" de servicios que en un sentido lato podrían calzar en la definición de servicios sustitutos.

Creemos innecesario abundar en las características de la oferta del Poder Judicial que, como se señala, es generalmente ineficiente, pues sus costos administrativos son demasiado elevados. Se indica por ejemplo, que el diseño de los procesos es inadecuado pues sería el origen de problemas tales como la falta de celeridad procesal.

Además se dice que genera a las partes una serie muy grande de costos. Así por ejemplo, Javier de Belaunde señala:

> "La justicia no solo es lenta sino incalificable, muchas veces no hace justicia.
>
> Hay problemas de previsibilidad, falta de jurisprudencia orientadora, desubicación del juez ante nuevas áreas del derecho y de la vida social. De otro lado, preocupa una creciente irregularidad en el sistema judicial"[33].

1.2.1.1 Variaciones en la oferta

Una acción de política pública, destinada a variar la oferta del servicio de administración de justicia, puede enfocar el problema desde dos perspectivas diferentes, que desarrollamos a continuación.

En primer término, puede centrarse en mejorar la calidad del servicio ofrecido realizando acciones distintas, tales como aumentar el número de dependencias, capacitar a los magistrados, proveer de mayores ingresos al Poder Judicial; etc. Estas soluciones suelen ser muy costosas, y aunque posiblemente mejoren el nivel de paz social, es también muy posible que aumenten considerablemente la carga procesal.

33 De Belaunde, 1991, p. 33.

Otra forma de encarar el problema, que podría resultar más barata, es la consistente en la variación de la oferta de este servicio creando, por decirlo así, una "competencia" entre distintos ofertantes del servicio.

1.2.1.1.1 Los mecanismos alternativos de solución de conflictos

En este apartado, haremos una breve reflexión en torno al papel, que pueden jugar los mecanismos de solución de conflictos alternativos más conocidos: la mediación, el arbitraje y la conciliación.

Suponiendo que los individuos tienen un comportamiento racional, que los lleva a elegir las alternativas menos costosas (más beneficiosas), es lógico suponer que el problema de exceso de demanda de los servicios del Poder Judicial puede ser resuelto diversificando la oferta, mediante la promoción de vías alternas de solución que resulten más beneficiosas para los individuos.

Para realizar este examen obviaremos la falta de información de los individuos (desconocimiento de la situación real y manejo por parte de abogados, ver *infra*. p. 20), y supondremos que todo individuo frente a un conflicto que desea resolver conoce todas las alternativas y mecanismos de solución.

Dada la condición inicial antes expuesta, es lógico que para poder aumentar su demanda, estos servicios alternativos deben ser menos costosos, es decir deberán ofrecer entre, otras cosas, la posibilidad de una solución más rápida y con menor riesgo de error.

En opinión de Bustamante, estos mecanismos suelen ser ventajosos respecto del proceso judicial, en tanto son más expeditivos, y por las características de sus procesos (generalmente no pre-establecido legalmente, ni preclusivo) permiten a las partes una mejor exposición de sus pretensiones y pruebas[34]. Nosotros podríamos agregar, además, que la existencia de un "facilitador" o "juzgador" (o su inexistencia) elegido por las partes reduce las posibilidades de corrupción.

Pero también se puede afirmar que en casos determinados como "en materia de responsabilidad derivada de los accidentes", los procedimientos de autocomposición son "inferiores" –crean menos estigma negati-

34 Bustamante, 1993, pp. 75-78.

vo- a los procedimiento judiciales[35]. Se trata pues de una situación en la que los medios alternativos, no obstante ser más baratos no ayudan a fortalecer el marco institucional.

Respecto a la presencia de un criterio de eficiencia en las soluciones que se alcancen por medio de estos mecanismos, creemos que debe estar privilegiada, tanto si la solución se basa en la aplicación de normas positivas o esté arreglada a "conciencia". Esto puede deducirse fácilmente, si la solución alcanzada es idéntica a la que hubiese proporcionado el mercado ante la posibilidad de negociar sin costos de transacción entre las partes en disputa.

1.2.1.1.2 Desjudicialización de procesos

Una solución a los problemas de exceso de demanda en el Poder Judicial, es la sustracción de competencia de ciertas materias a este poder del Estado.

Recientemente se aprobó un dispositivo que permite la resolución de asuntos no contenciosos por los notarios. Esto, de acuerdo a la posición de la Dra. Lourdes Flores Nano, obedece, a que la «... jurisdicción (que) se ejerce cuando no existe conflicto (sic) (...) no es propiamente tal"[36].

El problema, en todo caso, se agudiza en torno a las materias que si incluyen la existencia de un conflicto, en cuyo caso se discute si la desjudicialización debe ser compulsiva, o reservada a la elección de las partes[37].

En nuestra opinión, la posibilidad de desjudicializar procesos solo debe tener los siguientes límites: en primer lugar, pleitos referidos a bienes cuya titularidad está protegida por una regla de inalienabilidad[38] (v.gr. la vida, la libertad), vale decir aquellos que no pueden ser objeto de negociación por los individuos; y en segundo lugar cuando, como

35 Pastor, 1993, p. 40.

36 Flores Nano, 1995, p. 266, citando a Alzamora Valdez.

37 Para una confrontación de opiniones véase Bustamante, 1993, pp. 101 y ss.

38 Calabresi y Melamed, diferencian entre reglas de Propiedad, Responsabilidad e Inalienabilidad; estas últimas se presentan cuando "la ley, no solo decide quién es titular de algo y que precio deberá pagarse por ello si es violado o destruido, sino que además regula su venta; por ejemplo estableciendo pre-condiciones para que la venta sea válida o prohibiendo del todo su venta". Calabresi y Melamed, 1992 (1972), p. 76.

se vio anteriormente, la solución judicial es más efectiva en aras de fortalecer el marco institucional (ver nota 30).

1.2.1.1.3 Otras alternativas

Dentro de la concepción del sujeto racional que se comporta eficientemente, y considerando que la justicia es un servicio "en el mercado", creemos que una posibilidad adicional de reducción de la demanda de tutela es la posibilidad de hacerla más costosa en ciertos casos.

Esta propuesta solo sería aplicable en el caso de controversias patrimoniales, que impondría a las partes el pago de elevadas sumas de dinero como "derechos", cuando sus pretensiones tengan gran relevancia económica. En nuestra opinión esto no importa un recorte del derecho a una tutela judicial efectiva, ya que deja abierta la posibilidad de alternativas menos costosas y que incluso, como el caso del arbitraje, son denominadas "jurisdicción".

1.2.2 El comportamiento de la demanda

Para analizar el comportamiento de la demanda en nuestro país, asumiremos que los usuarios son sujetos racionales, en el sentido usual del término, que buscan maximizar sus beneficios. En este sentido, conociendo de la existencia de servicios sustitutos, sería lógico presumir que la demanda se contrae, por una marcada preferencia a esos otros servicios. Sin embargo, paradójicamente, uno de los grandes problemas del Poder Judicial es precisamente el exceso de demanda del servicio.

Al respecto se han expuesto diversas explicaciones. Algunos señalan nuestra idiosincrasia inclinada a "litigar". Así, con cierta frecuencia suele citarse que los indígenas, desde épocas muy cercanas a la conquista e inicios de la colonia, litigaban con tanta frecuencia que las actividades conexas se convirtieron en actividad rentable.

Otros estudios, como el de Pásara, sugieren explicaciones originales, como la de presumir, que:

> "... ir al Poder Judicial, en muchos casos tiene una útil función amenazante para quien no puede obtener su derecho por

> otra vía; aunque el procedimiento tarde, nadie acepta tranquilamente ser enjuiciado por lo imprevisible que es el resultado"[39].

Así, el autor citado señala como ejemplo el caso del inquilino, que ante el vencimiento de su contrato demanda al propietario para dilatar el tiempo antes de ser desalojado[40]. Este fenómeno, denominado "pleitos artificiales"[41], ha sido ampliamente estudiado. Según Santos Pastor son una manifestación de carácter estratégico y se sustancian, a pesar de carecer de base alguna, con la idea de obtener algún tipo de acuerdo ventajoso antes del pleito[42]; la solución estribaría en un desincentivo específico en forma de penalización[43].

Otra explicación, que da Bustamante, refiere al carácter del servicio sustitutorio ofrecido por los medios alternativos de resolución de conflictos, señalando especialmente causas como la creencia de que es necesario tener mucho dinero para acudir a ellas, o el papel de los abogados en la elección de la vía de solución[44].

Intentar dar una respuesta del porqué litiga la gente, para poder variar la función de demanda, con respuestas distintas a las ya esbozadas respecto de una variación de la oferta, resulta difícil. Santos Pastor, en su trabajo ya citado, elabora una teoría al respecto, de donde extraemos sus principales conclusiones:

Si no existen costes de litigación, ni de llegar a un acuerdo, y no existe comportamiento estratégico, y las partes son neutrales al riesgo, entonces, solo habrá litigio, si lo ofrecido por el ofensor es menor a la menor cuantía de pretensión por la que el demandado negociaría[45].

- En una situación similar a la anterior, pero con costes de litigación para ambas partes, habrá acuerdo, si lo ofrecido por el ofensor menos sus costes de litigar, es menor que la menor suma por la que convendría más sus costes de litigar[46].

39 Pásara, 1982, p. 34.
40 *Ibid.*
41 Pastor, 1993, p. 143.
42 *Ibid*, p. 145.
43 *Ibid.*
44 Bustamante, 1993, p. 76.
45 Pastor, 1993, p. 121.
46 *Ibid.* p. 123.

- Si la situación es similar a la anterior, pero existen costos para llegar a un acuerdo, y no para litigar, entonces habrá acuerdo si la cantidad ofrecida por el ofensor menos sus costes por llegar a un acuerdo, es igual o menor que la menor cantidad esperada por el demandante para convenir más sus costos de llegar al acuerdo.[47]
- Si ambas partes tienen aversión al riesgo, las probabilidades de llegar a un acuerdo aumentan[48].

2. La justicia en las comunidades campesinas

Hasta concluir el anterior capítulo, consideramos la existencia de "jurisdicciones", o medios de solución de conflictos alternativos al Poder Judicial, como algo normal e incluso deseable por sus caracteres de eficiencia.

Sin embargo, la existencia de estas vías de solución de conflictos, supone una trasgresión del modelo de Estado basado en la división de tres poderes, mediante la cual se confiere de manera más o menos precisa un cierto tipo de función a cada uno de ellos. Nuestro texto constitucional, establece la "unidad y exclusividad de la función jurisdiccional", y solo reconoce dos jurisdicciones independientes, la militar y la arbitral. Tan fuerte es esta concepción, que en otro lugar se establece la prohibición a cualquier autoridad de avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, al final del capítulo referido al Poder Judicial, el mismo cuerpo de leyes, establece, la potestad de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, para que con el apoyo de las rondas campesinas, puedan ejercer las funciones jurisdiccionales dentro su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, y sin violar los derechos fundamentales de la persona.

2.1 ¿Por qué se rompe la unidad de la función jurisdiccional?

La existencia de una autoridad única, con capacidad de administrar justicia, es una característica de los Estados modernos, y suele señalarse,

47 *Ibid.* p. 125.
48 *Ibid.* p. 127.

que es un logro de la Revolución Liberal, que alcanza la igualdad sustancial y formal de los individuos ante la ley, mediante la unicidad de la función de administrar justicia, eliminándose la existencia odiosa de fueros privativos como un derecho de casta. Este logro suele vincularse además con la monopolización por parte del Estado de la posibilidad de dictar normas jurídicas.

Como De Trazegnies nos recuerda, la existencia de un Poder Judicial centralizado y único es una necesidad de todo Estado, con prescindencia del modelo que acepte, ya sea uno centralmente planificado, o ya sea que se trate de un Estado Liberal. Respecto de este último, es especialmente interesante recordar la supuesta necesidad de esta unicidad pues:

> "No cabe duda que si cada grupo particular puede instaurar su propio orden normativo, no se darán las condiciones de generalización y predictibilidad necesarias para lograr el tejido de intercambios que "arman" la sociedad liberal"[49]

De acuerdo a un cierto modelo de Estado, una de sus principales funciones, es intercambiar un cierto grupo de servicios, denominados protección y justicia a cambio de renta[50].

Esta potestad, se la irroga el Estado en base a un monopolio de la violencia, que le permite, establecer las titularidades, y también por medio del uso de la "justicia" (o más precisamente la administración de justicia), intervenir en la economía[51], ya sea ratificando las asignaciones iniciales o variándolas.

Sin embargo, debemos recordar, que el Estado se encuentra limitado por el coste-oportunidad de sus gobernados, pues siempre existirán rivales potenciales para ofrecer la misma clase de servicios[52].

En los casos observados en el anterior capítulo, estos rivales del Estado no están representados por otros Estados extranjeros, sino por particulares al interior del mismo. La posibilidad de que los particulares, prefieran a estos otros viene determinada por los mayores beneficios que le signifiquen.

49 Trazegnies, 1977, p. 80.
50 North, 1981, p. 38.
51 Coase, 1960, p. 24.
52 North, 1981, p. 39.

2.2 Pluralidad cultural

La decisión de dotar a grupos particulares dentro de un estado de potestades jurisdiccionales, no obedece únicamente a razones de eficiencia, en muchos casos como el de las comunidades campesinas y nativas, obedece más bien a un reconocimiento de la denominada pluralidad cultural, aunque ello no niega que también puedan resultar decisiones eficientes.

En este trabajo, no discutiremos los problemas referentes a la pluralidad cultural, sino que lo asumiremos como un dato proporcionado por la realidad y verificable.

La sola existencia de órdenes culturales distintos, muchas veces constituye un conflicto, que se acrecienta cuando se pretende superponer un mismo orden jurídico a varios grupos con patrones culturales distintos, máxime si lo que se pretende es imponer los criterios de uno de los subgrupos al resto. El derecho (de la sociedad que sea) emite juicios de valor sobre las costumbres, calificándolos como buenos o malos[53], la calificación de un hecho por el derecho de otra cultura, implica realizar una nueva calificación de estos hechos, la cual puede ser contradictoria con la calificación primigenia realizada.

Pero, además, el derecho es portador de ciertos valores, que suelen preconizarse como de valor universal, así por ejemplo se habla de los derechos fundamentales de las personas como derechos "naturales del hombre"; y del mismo modo el derecho del grupo preponderante, que desea ser el derecho oficial de un Estado, puede contener valoraciones, que no necesariamente serán compartidas por todos los otros grupos, lo cual como es lógico puede ser también fuente de conflictos.

2.3 Análisis del artículo 149° de la Constitución Política del Perú

La norma en análisis, señala la existencia de una jurisdicción **especial**, constituída por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas. Por otro lado, el artículo 139° del mismo cuerpo de leyes, señala, que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y militar.

53 Trazegnies, 1977, p. 98.

Lo expuesto anteriormente, crea una duda acerca de la naturaleza de las potestades "jurisdiccionales" de las comunidades nativas y campesinas; pues para oscurecer aún más el panorama, la Constitución prevé además que la ley establecerá las formas de coordinación entre esta jurisdicción especial y los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

Un análisis superficial de la normatividad citada, podría llevarnos a pensar que no se trata de una jurisdicción independiente, sino de una delegación de facultades del Poder Judicial para proveer de servicios legales a estas organizaciones.

Según la interpretación del texto por parte de Yrigoyen, se trataría de un defecto de sistemática, pues para ella es claro que esta jurisdicción especial es también independiente[54]. En opinión de Bustamante[55], no debe entenderse que exista contradicción entre los citados artículos, pues el artículo 149°, no crea o establece una jurisdicción independiente, sino "reconoce vías alternativas que ya vienen funcionando exitosamente y les confiere vigencia constitucional"[56].

En nuestra opinión, sí existe falta de sistemática al tratar la jurisdicción especial de la que hablamos, pues al conferirle la atribución de resolver conflictos con arreglo a su propio derecho (consuetudinario), y no existiendo límite en cuanto a materia, o sujetos, estamos hablando de una "jurisdicción", en el sentido técnico del término; más aún cuando éste no se encuentra subordinado al Poder Judicial, pues la ley habla solo de **coordinación** con sus diversas instancias.

2.3.1 Ámbito de aplicación

Las limitaciones impuestas en el ámbito territorial, resultan claras del texto de la norma, se trata del "territorio" de las comunidades.

Respecto de la elección de quienes deben ejercer estas potestades, se habla de las autoridades que, nosotros entendemos, son las que elija la propia comunidad sin posibilidad de intervención del Poder Judicial.

Yrigoyen[57], en una posición que nosotros compartimos, señala que no se trata de una jurisdicción obligatoria, ya que existe libertad para

54 Yrigoyen, 1995, p.25 y 29.
55 Bustmante, 1993, p. 90.
56 *Ibid.*
57 Yrigoyen, 1995, p. 41.

las comunidades para determinar en qué casos desea intervenir, y si quiere intervenir.

Otro aspecto que suscita dudas se refiere a los sujetos, Yrigoyen se plantea una serie de posibilidades respecto de los comuneros que deseen ser juzgados por esta jurisdicción especial, aun cuando se trata de hechos o situaciones producidos fuera del espacio territorial de la comunidad[58]. Al respecto se plantean dos respuestas con las que nosotros concordamos. Primero, si las partes en disputa son miembros de la comunidad, y los efectos de la decisión no implican a terceros ajenos a ella, es factible su uso en ejercicio del derecho a su identidad étnica y cultural[59]. Segundo, si una de las partes en conflicto es un tercero ajeno a ella pero acepta su competencia, el caso puede ser ventilado ante ésta[60]. Respecto de esta última opinión, nosotros deseamos precisar, que la elección del medio de solución es idéntica a si se tratase de cualquier otro medio (arbitraje, conciliación; etc.), por ende el individuo ajeno a ésta es libre de decidir la opción más beneficiosa para él, observando los límites que imponga un posible jurisdicción obligatoria del Poder Judicial respecto al caso que se discuta.

2.3.2 Los derechos fundamentales

La norma que comentamos señala que el derecho consuetudinario puede ser aplicado, siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona.

Este es sin duda alguna, uno de los temas más difíciles de precisar, ya que nos encontramos en un campo abierto a la discusión, donde existen posiciones que niegan la universalidad de estos derechos, hasta aquellas que la consagran como derechos connaturales al hombre[61].

Nosotros creemos que se trata de los supuestos mínimos y necesarios para la organización de una sociedad y su asimilación por todos los grupos humanos resulta indispensable para alcanzar niveles de vida dignos en cualquier sociedad o grupo de que se trate. No obstante ello,

58 *Ibid.*, p. 42.
59 *Ibid.*
60 *Ibid.*
61 Puede consultarse el artículo de Eduardo Hernando Nieto, "¿Existen los derechos naturales", En: **Derecho PUC**, N° 49, 1995. pp. 321-343.

debemos reconocer que el contenido de estos no es siempre claro ni unívoco, por lo cual nos parece coherente el planteamiento de Yrigoyen, respecto de la posibilidad de hacer una "lectura pluricultural o multicultural"[62] de ellos. Sin embargo, creemos que cualquier interpretación que se realice, debe por lo menos respetar el contenido mínimo que permita reconocer a estos derechos como tales.

Aunque suelen citarse algunos casos, en los cuales se llegó a disponer de la vida de algunos individuos juzgados[63], Brandt sostiene que estos casos son excepcionales, y que las penas que imponen castigos corporales prácticamente pertenecen a la historia"[64].

2.4 El caso de Calahuyo

En un estudio realizado en la Comunidad de Calahuyo (Puno), Peña Jumpa (1991) describe el funcionamiento del sistema de resolución de conflictos de esta comunidad.

Aunque el estudio comprende una descripción de los órganos y mecanismos de resolución, nosotros nos centraremos en un análisis de la correspondencia de esta evidencia empírica con respecto al postulado de eficiencia reclamado en el primer capítulo.

De acuerdo a lo señalado por Peña[65], el origen del desarrollo de este sistema paralelo al de la justicia formal, se halla en un rechazo de la última a partir de la década del '70. Las razones que empujaron al rechazo de la justicia formal se encontrarían en lo ineficiente que resulta este sistema.

Algunas declaraciones de un comunero sistematizan las razones de este rechazo a "los jueces de la ciudad"[66]:

> "... una, debido a que "dichos señores cobran muy caro", dos, "porque les gusta alargar los juicios"; y tres en razón a que "al final no resuelven nada"[67] (entrecomillado original).

62 Yrigoyen, 1995, p. 44.
63 Brandt, 1987, pp. 155-156, y 192.
64 *Ibid.* p. 150.
65 Peña, 1991, p. 271.
66 *Ibid.* p. 272.
67 *Ibid.*

Como podemos apreciar, la causa fundamental de esta elección por un mecanismo alternativo, obedece a lo oneroso que resulta el aparato formal, por lo cual es evidente que la decisión es "racional". En este caso, se suele mencionar tanto los costos originados por gastos "lícitos" (letrados, tasas), y los costes originados por la demora y las "coimas" que se ven obligados a pagar. En contraste, en la comunidad encontramos una justicia "barata" (en el mejor sentido del término) porque no hay que pagar nada, y además resulta más expeditiva.

La tercera razón alegada también resulta muy interesante, pues revelaría que en ese contexto el Poder Judicial no estaría cumpliendo su objetivo de acrecentar el bienestar social. En cambio, si tenemos una "justicia informal" que tiende a reducir el malestar social, pues del estudio se deduce que las decisiones son asumidas como "justas" por los interesados. La razón de esta efectividad, estribaría a nuestro entender en la "especialización" de las personas involucradas en la resolución de los conflictos (que les suelen ser muy familiares), lo cual reduciría grandemente la posibilidad de originar costos por errores judiciales, que se estaría manifestando en la frase "al final no resuelven nada".

La evidencia recogida por Brandt (1987), así como la afirmación realizada por Bustamante respecto a las comunidades cusqueñas[68], nos permiten suponer que el caso de Calahuyo no es aislado sino que constituye la muestra de una eficiencia generalizada.

Un elemento interesante a ser analizado, es la presencia de instituciones informales, vinculadas al "respeto de la palabra empeñada" (sic), el cuidado del honor, o la reciprocidad como condiciones de la existencia de estos sistemas[69]. Es claro, como señala Peña[70], que estas condiciones se dan porque las relaciones tienen un alto grado de personalización. Sin embargo cabe preguntarse, si este comportamiento claramente maximizador, se haría presente si las transacciones realizadas en las comunidades campesinas tuvieran una mayor relevancia en términos monetarios, o fueran menos personales. Nosotros creemos que la respuesta es afirmativa, pues los comuneros han demostrado un comportamiento claramente racional, limitado únicamente por las condiciones de extrema pobreza en que se encuentran, que los obliga

68 Bustamante, 1993, p. 89.
69 Peña, 1991, p. 297.
70 *Ibid.*

en algunas oportunidades a comportarse como minimizadores de riesgos[71].

A modo de conclusión

Una primera sugerencia que podemos hacer, a la luz de lo expuesto en este trabajo, es la necesidad de que las reformas del sistema de administración de justicia consideren que el objetivo final no es reforzar al Poder Judicial sino acrecentar el bienestar social, por lo que es pertinente considerar la posibilidad de diversificar la "oferta de tutela de los derechos", mediante la promoción de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como una alternativa de menor costo.

En segundo término, deseamos manifestarnos sobre la eficiencia subyacente en la decisión de las comunidades campesinas para resolver sus conflictos de una manera más barata y segura, aportando una solución no solo a sus problemas particulares sino al bienestar de la sociedad toda, pues además contribuyen al "descongestionamiento" de nuestro Poder Judicial. Nosotros estamos convencidos de que esta elección eficiente no es casual, sino que obedece al ánimo presente en los campesinos de la sierra de afrontar sus problemas de pobreza mediante la generación de más riqueza; y en este sentido, consideramos, que el patrón de comportamiento minimizador de riesgos, que citábamos al finalizar el segundo capítulo obedece únicamente al estado de pobreza extrema en que se hallan, pues para ellos una pequeña pérdida de sus ingresos puede resultar catastrófica. Creemos que urge una incorporación de estos sectores al mercado, lo cual estamos seguros, no importa la pérdida de sus patrones culturales.

Referencias bibliográficas

BELAUNDE L. de R., Javier de
1991 "Aproximación a la realidad de la administración de Justicia en el Perú. En: **Poder Judicial y democracia.** García-

71 Figueroa, 1989, p. 92.

Sayán (ed.). Lima: Comisión Andina de Juristas – Centro para la Independencia de Abogados y Jueces.

BRANDT, Hans-Jürgen
1987 **Justicia popular: campesinos y nativos.** Lima: Fundación Friedrich Naumann – CDIJ.

BUSTAMANTE B., Alberto
1992 **Justicia alternativa.** Lima: Instituto de Economía de Libre Mercado.

CALABRESI, Guido
1992 (1984) "Seguro de primera persona, de Tercera Persona y Responsabilidad por Productos ¿Puede el análisis económico del derecho decirnos algo al respecto?". En: **Ius et Veritas**, N° 4, 1992.

CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas
1992 (1972) "Reglas de propiedad, reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral". En: **Themis**, N° 21, 1992.

COASE, Ronald
1960 "*The problem of the social cost*". ***Journal of Law and economics***, volumen III. pp. 1-44. (versión castellana trabajada sin referencia).

FIGUEROA, Adolfo
1988 **Economía en la Sierra del Perú.** (4ª. Edición). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

FLORES NANO, Lourdes
1995 Competencia Notarial en asuntos no contenciosos. En: **Derecho Puc**, N° 49.

FRIEDMAN, Milton y Rose
1983 **Libertad de Elegir.** Barcelona: Ediciones Orbis S.A.

García Sayán, Diego
1987 "Jueces letrados: el cuento de la vaca y la justicia". En: **La Justicia de Paz y el Pueblo**. Lima: CDIJ – Friedrich Naumann. pp. 39-43.

Mill, John Stuart
1980 (1859) **Sobre la libertad**. Madrid: Aguilar.

North, Douglas C.
1981 **Estructura y Cambio en la Historia Económica**. Madrid: Alianza Editorial.
1990 ***Institutions, Institutional change and economic performance***. Cambridge: Cambridge University Press.

Pásara, Luis
1982 **Jueces, justicia y poder en el Perú.** Lima: CEDYS.

Pastor Prieto, Santos
1984 "Una introducción al análisis económico del derecho". En: **Hacienda Pública Española**. N° 89.
1993 **¡Ah de la Justicia! Política judicial y economía**. Madrid: Civitas.

Peña Jumpa, Antonio
1991 "Justicia Comunal en Calahuyo". En: **Allpanchis**. N° 37. pp. 269-303.

Polinsky, A. Michell
1983 **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Barcelona: Ariel.

Rawls, John
1985 **Teoría de la Justicia.** (2ª. Edición). México: Fondo de Cultura Económica.

Torres López, Juan
1987 **Análisis Económico del Derecho.** Madrid: Tecnos.

TRAZEGNIES, Fernando de
1977 "El caso Huayanay: el Derecho en situación-límite". En: **Cuadernos Agrarios**. N° 1. pp. 73-118.
1996 **Reflexiones sobre la Sociedad Civil y el Poder Judicial.** Lima: ARA.

YRIGOYEN, Raquel
1995 **Constitución, indígenas y derecho consuetudinario.** Lima: CEAS – Desfaciendo Entuertos.

Crónica de Claustro

Convenios

Se firmaron tres convenios de cooperación: con el Estudio Benites, Mercado & Ugaz, el Defensor del Pueblo y la sociedad peruana de Derecho Ambiental. Con estas instituciones se canaliza apoyo institucional para la Clínica Jurídica a cargo del Dr. Gorki González.

Cursos

Se llevó a cabo el Programa de capacitación sobre "Marco Regulatorio Público" dirigido al Instituto Peruano de Seguridad Social. Las clases se dictaron en Lima y en tres provincias: Los temas versaron sobre derecho laboral, derecho administrativo y seguridad social. El coordinador de esta actividad fue el Dr. Jorge Danós.

Seminarios y Foros

- Jornadas internacionales de Derecho Procesal. Del 8 al 12 de setiembre. Actividad organizada conjuntamente con la Revista Peruana de Derecho Procesal. Contó con un asistencia de 800 personas.

- Expositores nacionales: Dr. Raúl Canelo Rabanal, Dr. Juan Monroy Gálvez, Dr. Nelson Ramírez Jiménez, Dr. Juan Luis Avendaño Valdez y Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena.
- Expositores Internacionales: Argentina: Dr. Jorge Peyrano, Dr. Juan Carlos Hitters, Dr. Adolfo Rivas, Dr. Osvaldo Gozaíni. Colombia: Dr. Hernando Devis Echandía. Chile: Dr. Alex Caroca. España: Dr. Manuel Serra Domínguez, Joan Vergé Grau, Dr. Jaume Sole Riera.

"La propiedad y su función en una economía de mercado". Del 1 al 3 de octubre. Organizado por Prosode.

Seminario Internacional de Derecho Administrativo. Llevado a cabo del 12 y 13 de noviembre. Se trataron temas de gran actualidad y relevancia: los problemas jurídicos de las privatizaciones; marco regulatorio y el control de los servicios públicos (electricidad, telefonía, agua, etc.); los litigios contra el Estado: el proceso contenciosos administrativo; las medidas cautelares contra el Estado. Contó con cuatrocientos inscritos.

Los expositores fueron dos renombrados profesores argentinos de la Universidad de Belgrano y La Plata: Dr. Jorge Luis Salomonio y Dr. Guillermo Andrés Muñoz.

El 1° y 2° de diciembre se llevó a cabo el Foro Internacional sobre la Ley de Conciliación Peruana. Esta actividad fue organizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje nacional de Internacional, la Cámara de Comercio de Lima, el Congreso de la República y la Facultad de Derecho.

Los expositores nacionales fueron: Dr. Jorge Avendaño, Dr. Jorge Muñiz, Dr. Oscar Medelius, Dr. Moisés Lemlij y el Soc. Abelardo Sánchez León. Los expositores internacionales fueron: Dr. Jaime Giraldo (Colombia), Dra. Sala Helena Llanos (Colombia) y Dr. Luis Torello (Uruguay).

Congresos

- II Congreso Internacional de Derecho Penal: Consecuencias jurídicas del delito.

Del 1 al 5 de setiembre, actividad organizada conjuntamente con la Revista Derecho & Sociedad y la Universidad Castilla La Mancha (España).

- Expositores nacionales: Dr. César San Martín Castro, Dr. Roger Yon Ruesta, Dr. Arsenio Oré Guardia, Dr. Pablo Sánchez Velarde, Dr. Luis Roy Freyre, Dr. Víctor Prado Saldarriaga, Dr. Julio Mazuelos Coello, Dr. José Ugaz Sánchez Moreno, Dr. Luis Alberto Bramont Arias Torres.
- Expositores internacionales: Dr. Marino Barbero Santos, Dra. Mercedes García Arán, Dr. Nicolás García Rivas, Dr. Diego Gómez Iniesta, Dr. Enrique Ots Berenguer, Dr. Rafael Rebollo Vargas, Dr. Javier Vecina Cifuentes, Dr. Borja Mapelli Caffarena, Dra. Laura Zúñiga Rodríguez.

Proyección social en Derecho

Consultorios Jurídicos
Se continuó con el servicio en los cuatro consultorios jurídicos ubicados en La Recoleta (Plaza Francia), Carmen de la Legua (Callao), Chorrillos, Campus Universitario.

Prevención legal
Se dictaron charlas y talleres en tres centros de prevención y defensoría del niño y del adolescente: Colegio Nacional Rosa de Santa María (Breña), Colegio Nacional Heroínas Toledo (Callao), Colegio Nacional Brígida Silva de Ochoa (Chorrillos).

Difusión legal
Se continuó con los programas radiales en Radio Programas del Perú, a través del programa "El show de la conversación". Los temas que se trataron fueron: la labor de Prosode en relación al Derecho, el programa de fiscalización pensionaria, responsabilidad civil por accidentes de tránsito, tarjetas de crédito, indultos por terrorismo y nacionalidad y derecho a la nacionalidad.

Investigación Jurídica
Se llevó a cabo el III Concurso de Investigación sobre Derecho y Realidad.

Relación de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho año 1997

PRINCIPALES

Jorge Avendaño Valdez
Juan Luis Avendaño Valdez
Julio César Barrenechea Calderón
Enrique Bernales Ballesteros
Carlos Blancas Bustamante
Miguel de Althaus Guarderas
Javier de Belaunde López de Romaña
Manuel de la Puente y Lavalle
César Delgado Barreto
Francisco Eguiguren Praeli
Enrique Elías Laroza
Carlos Espinosa Villanueva
César Fernández Arce
Carlos Fernández Sessarego
Eduardo Ferrero Costa
Guillermo Figallo Adrianzén
Domingo García Belaunde
Luis Hernández Berenguel
Baldo Kresalja Rosselló
Enrique Lastres Bérninzon
Humberto Medrano Cornejo
Javier Neves Mujica
Enrique Normand Sparks
René Ortiz Caballero

Felipe Osterling Parodi
Mario Pasco Cosmópolis
Aníbal Gonzalo Quiroga León
Jorge Ramírez Díaz
Delia Revoredo Marsano
Róger Rodríguez Iturri
Marcial Rubio Correa
Fernando de Trazegnies Granda
Ricardo Váscones Vega
Jorge Vega Velasco
Guillermo Velaochaga Miranda
Fausto David Viale Salazar
Fernando Vidal Ramírez
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Armando Zolezzi Möller

ASOCIADOS

Samuel Abad Yupanqui
Benjamín Julio Aguilar Llanos
Walter Jorge Albán Peralta
Jack Batievsky Spack
Carlos Enrique Becerra Palomino
Jack Bigio Chrem
Alfredo Bullard Gonzalez
José Alberto Bustamante Belaunde
Raúl Canelo Rabanal
Carlos Cárdenas Quirós
Miguel de la Lama Eggerstedt
Gastón Fernández Cruz
Víctor Ferro Delgado
Hugo Forno Flórez
Diego García Sayán Larrabure
Guillermo Gulman Checa
César Guzmán Barrón Sobrevilla
José Hurtado Pozo
César Landa Arroyo

Sergio León Martínez
César Luna Victoria León
Rogelio Llerena Quevedo
Elvira Méndez Chang
Carlos Montoya Anguerry
José Morales Urresti
Francisco Moreyra García Sayán
Víctor Prado Saldarriaga
Beatríz Ramacciotti de Cubas
Ana Teresa Revilla Vergara
Julio Salas Sánchez
César San Martín Castro
José Ugaz Sánchez Moreno
César Manuel Valega García
Felipe Villavicencio Terreros
Federico Zegarra Garnica

AUXILIARES

Luis Felipe Almenara Bryson
María del Carmen Arana Courrejolles
Francisco Avendaño Arana
Eduardo Benavides Torres
Guillermo Boza Pro
Fernando Cantuarias Salaverry
Mario Castillo Freyre
Juan Carlos Cortés Carcelén
Jorge Danós Ordóñez
Guillermo Fernández Maldonado Castro
Mario Ferrari Quiñe
Lourdes Flores Nano
Albert Alex Forsyth Solari
Pierre Foy Valencia
Juan Garland Combe
Gorki Gonzales Mantilla
Iván Jara Flores
Fabricio Medrano García

Jorge Melo Vega Castro
Edgardo Mercado Neumann
Juan Monroy Gálvez
Juan Morales Godo
Jorge Muñiz Zíches
Fabián Novak Talavera
César Ochoa Cardich
Arsenio Oré Guardia
Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán
Antonio Peña Jumpa
César Pérez Vásquez
Jorge Price Masalías
Víctor Raúl Ramírez Vásquez
Francisco Ruiz de Castilla y Ponce de León
Tomás Sobrevilla Enciso
Alejandro Solís Espinoza
Lizardo Taboada Córdova
Miguel Torres Méndez
Ana Velazco Lozada
Luis Vinatea Recoba
Susana Zusman Tinman

Abogados graduados con tesis y con mención de sobresaliente

Manuel Roberto de la Flor Matos
Fecha : 07-01-97
Tesis : "El fideicomiso, modalidades y tratamiento legislativo en el Perú".
Jurado : Dr. Felipe Osterling, Dr. Jack Bigio y Dr. Mario Castillo

Talía Larisa Vela Vargas
Fecha : 08-01-97
Tesis : "El problema de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos en el convenio de Basilea y su aplicación en el Perú".
Jurado : Dr. Pierra Foy, Dr. Fabián Novak y Dr. Marcelo Gullo

Juan Antonio Castro Molina
Fecha : 13-02-97
Tesis : "El fideicomiso como relación jurídica patrimonial".
Jurado : Dr. Carlos Cárdenas, Dr. Luis Pizarro y Dr. Mario Castillo

Elena Patricia Rodríguez Robles
Fecha : 26-03-97
Tesis : "El desplazamiento peruano: un fenómeno social con implicancias jurídicas".
Jurado : Dr. Marcial Rubio, Dr. Walter Albán y Dr. Rudecindo Vega

Juan Rafael Fernández Stoll Marchena
Fecha : 29-04-97
Tesis : "Aspectos civiles y tributarios del sistema de supervisión de importaciones"

Jurado : Dr. José Luis Sorogastúa, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y Dr. Luis Hernández Berenguel

Olga María Castro Pérez Treviño
Fecha : 14-05-97
Tesis : "El régimen económico en el derecho de familia: los regímenes económicos matrimoniales"
Jurado : Dr. Róger Rodríguez Iturri, Dr. Benjamín Aguilar y Dr. Enrique Bardales

Cristian Leonardo Calderón Rodríguez
Fecha : 02-07-97
Tesis : "CETICOS, análisis legal y propuesta de modificación"
Jurado : Dr. César Guzmán Barrón, Dr. José Luis Sorogastúa y Dra. Ana Ampuero

Ricardo Vitaliano Manrique Daemisch
Fecha : 28-08-97
Tesis : "Del protocolo al tratado antártico sobre protección del medio ambiente de 1991".
Jurado : Dra. Elvira Méndez, Dr. Pierre Foy y Dr. Fabián Novak

Liliana Marisol Requena Acevedo
Fecha : 02-09-97
Tesis : "La contratación en el ámbito de la producción humana asistida"
Jurado : Dr. Marcial Rubio, Dr. Alfredo Bullard y Dr. Gorki Gonzáles

Daniel Soria Luján
Fecha : 02-10-97
Tesis : "Los mecanismos de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)".
Jurado : Dr. Domingo García Belaunde, Dr. René Ortiz y Dr. Valentín Paniagua

Jorge Luis Herrera Guerra
Fecha : 31-10-97
Tesis : "La existencia, fundamento, validez, efectividad y características

especiales de la normatividad jurídica internacional"
Jurado : Dra. Elvira Méndez, Dr. Fabián Novak y Dra. Ana Ampuero

Juan Carlos Sandoval Coronado
Fecha : 31-10-97
Tesis : "El delito militar ordinario"
Jurado : Dr. Víctor Prado, Dr. César San Martín y Dr. Jorge Price

Ernesto Ramón Gamarra Olivares
Fecha : 18-12-97
Tesis : "Las comisiones de investigación: el poder fiscalizador del Congreso".
Jurado : Dr. Francisco Eguiguren, Dra. Ana Velazco y Dr. Valentín Paniagua

Eduardo Manuel Alfredo Llosa Bustamante
Fecha : 18-12-97
Tesis : "El fortalecimiento del servicio diplomático y la formación profesional del diplomático peruano"
Jurado : Dr. Fabián Novak, Dr. Fernando Pardo y Dra. Ana Ampuero

Carlos Alberto Matheus López
Fecha : 19-12-97
Tesis : "El litisconsorcio necesario"
Jurado : Dr. Juan Luis Avendaño, Dr. Raúl Canelo y Dr. Juan Monroy

Abogados graduados con expendientes con mención de sobresaliente

José Juan Haro Seijas
Fecha : 21-01-97
Expedientes : Constitucional-Tributario (Amparo) y Administrativo (Competencia)
Jurado : Dr. Armando Zolezzi, Dr. Alfredo Bullard y Dr. Samuel Abad

Ángel Domingo Alba
Fecha : 13-02-97
Expedientes : Civil (Divorcio) e Industrial (Marcas)
Jurado : Dr. Carlos Montoya, Dr. Juan Morales-Godo y Dra. Carmen Arana

Pilar Rojo Martínez
Fecha : 20-02-97
Expedientes : Tributario y Laboral (Calificación de despido)
Jurado : Dr. Jorge Danós, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y Dr. Luis Vinatea

Hernán Marcelino Icochea Ricse
Fecha : 13-03-97
Expedientes : Civil (Divorcio) y Agrario (otorgamiento de escritura)
Jurado : Dr. Guillermo Figallo, Dr. Raúl Canelo y Dra. Ana Bazán

Luis Ernesto Huayta Zacarías
Fecha : 16-04-97

Expedientes : Constitucional (Amparo) y Administrativo (Impugnación de buena pro)
Jurado : Dr. César Valega, Dr. Jorge Danós y Dr. Ricardo Salazar

Lorenzo Antonio Agustín Mariano De la Puente Brunke
Fecha : 12-06-97
Expedientes : Civil (Divorcio) y Constitucional (Amparo)
Jurado : Dr. Carlos Montoya, Dr. Mario Castillo y Dr. Valentín Paniagua

Karim Salim Kajatt Navarrete
Fecha : 16-06-97
Expedientes : Administrativo (Indecopi) y Constitucional (Amparo)
Jurado : Dr. Alfredo Bullard, Dr. Jorge Danós y Dra. Cayetana Aljovín

Martha Cristina Huertas Lizarzaburu
Fecha : 16-07-97
Expedientes : Tributario (Multa) y Laboral (Beneficios sociales)
Jurado : Dr. Javier Neves, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y Dr. Eduardo Sotelo

Carlos Alberto Patrón Salinas
Fecha : 14-08-97
Expedientes : Civil (Responsabilidad) y Administrativo (Competencia desleal)
Jurado : Dr. Alfredo Bullard, Dra. Carmen Arana y Dr. Mario Castillo

Nuria del Rocío Esparch Fernández
Fecha : 20-08-97
Expedientes : Laboral (Calificación de despido) y Administrativo (propiedad industrial)
Jurado : Dr. Javier Neves, Dr. Wilfredo García Noriega y Dr. Juan Carlos Cortés

Javier Mori Cockburn
Fecha : 28-08-97
Expedientes : Civil (Daños y perjuicios) y Administrativo (Indecopi)
Jurado : Dr. Carlos Montoya, Dr. Alfredo Bullard y Dr. Miguel Torres Méndez

Alexander Marcelo Campos Medina
Fecha :01-10-97
Expedientes : Administrativo (Competencia desleal) y Civil (Incumplimiento de esponsales)
Jurado : Dr. Carlos Montoya, Dr. Alfredo Bullard y Dr. Huáscar Ezcurra

De los autores

Francisco Fernández Segado: Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela. Miembro de la Asociación Española de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Miembro de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Miembro del Instituto Español de Estudios Estratégicos del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional.

Domingo García Belaunde: Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, Directivo y fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia y Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor Honorario de la Universidad de San Agustín (Arequipa-Perú). Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Derecho Político de la Universidad Católica del Rosario y de la Universidad de La Plata, entre otras entidades.

Miguel Revenga Sánchez: Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Jerez de la Frontera de la Universidad de Cádiz y *Visiting Scholar* en la Universidad de California en Berkeley.

Dalmo De Abreu Dallari: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, Brasil. Catedrático de Teoría del Estado en la Universidad de Sao Paulo.

Eduardo Cifuentes Muñoz: Catedrático de Derecho Constitucional. Presidente de la Corte Constitucional Colombiana.

Benjamín Miguel Harb: Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Catedrático en la Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en Derecho Penal. Ex Catedrático de las siguientes universidades: Universidades Católicas de La Paz y Asunción (Paraguay), Universidad Nacional de Lomas de Zamora de Buenos Aires, Universidad Central de Venezuela. Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés de La Paz-Bolivia, años 1969-1971. Ex ministro de Estado, ex senador, ex alcalde de la ciudad de La Paz.

Oscar Raúl Puccinelli: Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Sede Paraná) y Profesor Adjunto de Derecho Constitucional I y II en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, entre otros cargos académicos.

Néstor Pedro Sagüés: Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Rosario.

Francisco Zúñiga Urbina.- Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Francisco J. Eguiguren Praeli: Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad del Perú. Investigador de la Comisión Andina de Juristas. Ex - Director de la Academia de la Magistratura.

Roberto O. Berizonce.- Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Aníbal Quiroga León.- Abogado y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ex-Profesor Asociado de la Maestría en Derecho Constitucional Económico de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima. Ex-Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Manuel De La Puente y Lavalle.- Doctor en Derecho (Universidad Católica). Abogado y Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Asesor del Doctorado en Derecho en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex - presidente del Jurado de Honor de la Magistratura. Autor de importantes trabajos en el campo de los Contratos. Integró la Comisión que tuvo a su cargo el estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Felipe Osterling Parodi.- Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Opta el grado de doctor en la misma universidad. Ha seguido estudios de post-grado en la Universidad de Michigan y de Nueva York. Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor visitante en las Universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y Nueva York; en Estados Unidos. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Colegio de Abogados de Lima. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Internacional y del Centro Peruano de Estudios Internacionales. Fue Senador de la República y Presidente del Senado. Ha publicado numerosos libros y artículos.

Mario Castillo Freyre.- Abogado, Magíster en Derecho Civil y ha concluido sus estudios doctorales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Secretario Ejecutivo del Doctorado en Derecho en la misma Casa de Estudios. Es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Es autor de diversas obras.

Rocío Villanueva Flores.- Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú . Diploma de Especialización en Derechos

Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Profesora del curso de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora del curso "Fundamentos de los Derechos Humanos" en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Defensora Especializada en los Derechos de la Mujer, en la Defensoría del Pueblo.

Gerhard Aschinger.- Estudió en la Universidad de Zurich, es doctor en Matemática y Economía. Desde 1984 es profesor ordinario de la Universidad de Friburgo. Ha escrito artículos y ensayos sobre Teoría del curso de cambio, Economía Industrial y Teoría de manejo Económico, Teoría del Mercado de Finanzas, Especulación y Crisis de las Bolsas de Valores. Actualmente trabaja en la edición y publicación de un libro sobre Finanzas y Crisis de los Sistemas Económicos, donde se abordarán los temas de las causas de la crisis económica que afecta a Asia, Rusia y Brasil, y su análisis económico.

Javier Iguíñiz.- Profesor Principal del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto Bartolomé de las Casas-Rímac.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Anthropológica

Suscripción	US$	14.40
Número Suelto	US$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US$	14.42
Canadá y U.S.A.	US$	17.50
Europa	US$	19.80
Asia y Africa	US$	22.88
Envío vía superficie a cualquier destino:	US$	5.00

Boletín del Instituto Riva-Agüero
Debates en Sociología
Derecho
Espacio y Desarrollo
Pensamiento Constitucional

Suscripción	US$	14.40
Número Suelto	US$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US$	8.00
Canadá y U.S.A.	US$	9.50
Europa	US$	10.50
Asia y Africa	US$	12.00
Envío vía superficie a cualquier destino:	US$	4.00

EDICIONES SEMESTRALES

Areté
Economía
Educación
Histórica
Lexis
Pro Mathemática
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

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
E-mail: tareagrafica@correo.dnet.com.pe
Teléf. 424-8104 / 332-3229 Fax: 424-1582
Setiembre, de 1999 Lima - Perú

LAS GRANDES LÍNEAS TENDENCIALES DEL PROCESO CIVIL A FINES DEL SEGUNDO MILENIO
Roberto O. Berizonce

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS Y LAS FACULTADES DEL INDECOPI
Aníbal Quiroga León

COMPRAVENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD
Manuel De La Puente y Lavalle

LA TRANSACCIÓN
Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

EL ABUSO DEL DERECHO
Enrique A. Cuentas Ormachea

ANÁLISIS DEL DERECHO Y PERSPECTIVA DEL GÉNERO
Rocío Villanueva Flores

LA ECONOMÍA Y EL ESTADO: OPORTUNIDADES Y PELIGROS DE LA GLOBALIZACIÓN
Gerhard Aschinger

PROPIEDAD, CONTRATO Y PODER
Javier Iguíñiz Echeverría

* * *

CONCURSO: DERECHO Y REALIDAD

EL ESTADO Y LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO
Carlos R. Noda Yamada

POBREZA, CONSUMO Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Ismael Núñez Sáenz

APLICACIÓN DE TEORÍA DE JUEGOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL CONCEPTO Y LA FUNCIÓN DE LA BUENA FE
Noe Fernando Piérola Castro

¿DERECHO DE GESTIÓN DEL TRABAJADOR: REALIDAD O ESPEJISMO?
Úrsula Ana Valverde Granados

VACACIONES: DERECHO DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TIEMPO PARCIAL
Susana Paola Silva Villacorta

JUSTICIA, EFICIENCIA Y COMUNIDADES CAMPESINAS
Enrique Delgado Flores

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ