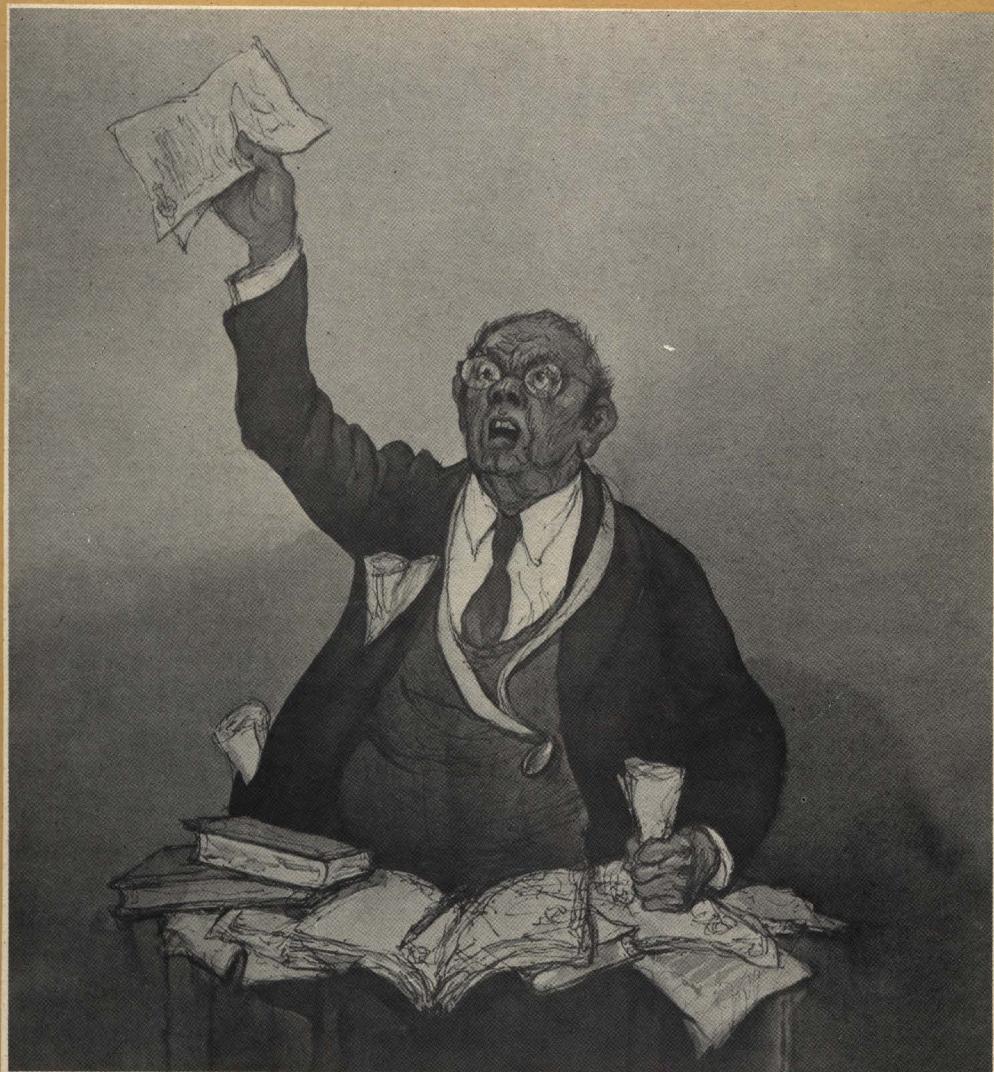


# THĒMIS

---

Revista de Derecho



Entrevista a José León Barandiarán  
Jorge Avendaño V. • Francisco Velasco Gallo  
Héctor Cornejo Chávez  
Lucrecia Maisch Von Humboldt  
Domingo García Belaúnde • Luis Hernández Berenguel  
Víctor Ferro Delgado



# THÉMIS

## Revista de Derecho

Facultad de Derecho  
Segunda Epoca / Año 1 / N° 2

### Indice

2	
Presentación	
3	
Entrevista a José León Barandiarán	
6	
Jorge Avendaño Valdez	
“Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil”	
9	
Francisco Velasco Gallo: “Las resoluciones inapelables”	
10	
Héctor Cornejo Chávez: “Familia y Derecho”	
15	
Lucrecia Maish von Humboldt	
“Los Derechos Reales en el nuevo Código Civil Peruano, 1984”	
18	
Domingo García Belaúnde	
“Tridimensionalismo Jurídico: Balance y Perspectivas”	
22	
Luis Hernández Berenguel: “Solución al problema de la doble tributación en el caso de las Empresas Multinacionales Andinas”	
25	
Victor Ferro Delgado	
“Adelanto de beneficios sociales con efecto cancelatorio”	
28	
Samuel Abad: “La Acción de Amparo contra sentencias: ¿Una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada?”	
42	
José Carlos Bocanegra	
“El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Peruano”	
(Con algunas anotaciones al Proyecto de Código Penal Peruano)	
45	
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
José Manuel Abastos / Lorena del Aguila / Alfredo Gildemeister	
Gustavo López-Ameri / Vittorio Pinasco	

*Comité Directivo:* José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Castillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López-Ameri Cáceres. *Comité Consultivo:* Alberto Bustamante Belaúnde, Carlos Cárdenas Quiroz, Miguel de la Lama Eggerstedt, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostoja López Alfar. *Comité de Redaccion:* Marissa Amado V., Beatriz Boza D., Miguel Denegri P., Andrés Osterling P., Andrés Osterling L., Martín Tayro C. *Diagramación:* A. Forsyth. *Impresión:* TECNIM S.A.

### THÉMIS Revista de Derecho

Publicación Semestral Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE  
DERECHOS RESERVADOS

Carátula e ilustraciones: Teodoro Núñez Ureta

Publicación de la Asociación Jurídica Thémis

---

## Presentación

La acogida que se le ha dispensado a la reaparición de THÉMIS ha superado nuestras propias expectativas. Hemos recibido gentiles comentarios y sugerencias de diferentes personas quienes también nos han manifestado su simpatía y entusiasmo por esta iniciativa estudiantil. No podemos dejar de expresarles nuestro sincero agradecimiento.

Entendemos todos estos gestos como un reconocimiento a todas aquellas personas que con su labor académica en el campo de la investigación y la doctrina jurídica aportan su esfuerzo y capacidad al desarrollo de la ciencia del Derecho y a mantenerla en constante y necesario diálogo con la realidad.

Este segundo número contiene material de destacados juristas nacionales que nos permite comprobar que en nuestro medio la labor académica en el campo de la investigación y la doctrina jurídica no sólo es posible, sino que es una realidad palpable.

Si bien la labor de los estudiantes está presente en toda la revista, ésta se hace nuevamente manifiesta a través de las colaboraciones de interesante contenido jurídico que fueran seleccionadas a través de las "Normas para los colaboradores de THÉMIS", que se hicieran públicas hace varios meses.

Esta edición contiene dos importantes novedades. La primera es que a partir de éste número publicaremos, en la medida de lo posible, una entrevista a un destacado hombre de leyes cuya labor represente un aporte al desarrollo del Derecho. Por otro lado, iniciamos una sección de comentarios de jurisprudencia, destinada a difundir resoluciones judiciales y/o administrativas de interés general, examinadas críticamente para su comprensión cabal. Sin duda ésto viene a acrecentar y a la vez a diversificar la participación estudiantil en la Revista.

Por último, nos es grato dar la bienvenida a los nuevos miembros del Comité Consultivo, así como al Comité de Redacción de la revista THÉMIS, cuyo aporte en ésta edición ha sido muy importante.

Lima, diciembre de 1984  
El Comité Directivo

---

# Entrevista a José León Barandiarán

*La Revista “Themis” rinde hoy un merecido homenaje al hombre de Derecho quien durante una vida de constante esfuerzo y dedicación enriquece notablemente las Ciencias Jurídicas. Su ejemplo como persona que sintetiza las virtudes de la entereza, la lealtad, la sencillez y la sincera vocación de servicio, constituyen una guía permanente para todas las generaciones conociedoras de su trayectoria. Contar con su colaboración en esta revista nos honra sobremanera.*

*El Dr. José Barandiarán aún a pesar de sus recargadas actividades fue sumamente gentil al dispensarle a “Themis” algunos momentos de su tiempo a fin de absolver algunas preguntas. Aún siendo breve la entrevista, no deja de ser interesante su contenido.*

— **Dr. José León Barandiarán, es por todos conocida la promulgación de un nuevo Código Civil. ¿Cuál ha sido su participación en la elaboración del mismo?**

— Mi participación en la elaboración del Nuevo Código Civil, se manifestó en las ponencias de que fuí autor y en las observaciones que hice a algunas otras ponencias de otros autores. Fuí el ponente de la parte del Derecho de Personas en cuanto a Naturales, participando activamente en la parte relativa al Derecho de las Personas en general.

Fui el ponente originario del Acto Jurídico e intervine intensamente en la formulación del articulado respectivo. He sido el ponente del Título Preliminar junto con el Doctor Jorge Vega García. He sido autor de las ponencias que han servido para las figuras del enriquecimiento sin causa y responsabilidad extra-contractual.

— **El texto finalmente promulgado del Código ha suscitado algunas controversias en cuanto a su calidad y, en comparación al que habrá de quedar derogado el 14 de noviembre, se dice que no muestra avances significativos en varias de sus partes. ¿Cuál es su opinión con relación a estas apreciaciones?**

— El nuevo Código Civil contiene muchas innovaciones con referencia al Código anterior. Se presenta bajo otra estructura sistemática. Ha instalado nuevas instituciones y ha mejorado muchas con respecto a las que ya existían en el Código anterior.

— **El nuevo Código Civil tiene consigo variaciones sistemáticas en cuanto a la ubicación de algunos libros, como el de Acto Jurídico antes que el de Familia, y también al crear otros nuevos como el de Prescripción y Caducidad y Derecho Internacional. ¿Qué opinión le merecen estos cambios?**

— Esta pregunta se refiere en buena cuenta a la ubicación de algunos Libros. En efecto se consideró

que después del Título Preliminar debía darse preferencia de todos modos al Libro de las Personas, porque fundamentalmente el Derecho se refiere a la persona humana. La ubicación del Libro de Acto Jurídico dentro del contexto del Código se explica por el carácter genitivo de las normas del Acto Jurídico en cuanto a que algunas de ellas pueden ser aplicadas a situaciones que pueden estar inmersas en circunstancias que correspondan a otros libros. Por su propio carácter se justifica la localización del Libro sobre Prescripción y Caducidad, y la particularidad de las reglas del Derecho Internacional justifican un Libro propio como ocurre con el Libro X.

— **De la formación integral que debe impartir la universidad, la investigación, la proyección social y la labor académica son áreas imprescindibles. ¿Considera usted que éstas se desarrollan acertadamente en la actualidad?**

— Nuestra Universidad no se ha preocupado por lo atinente a su proyección social, no han podido hacerlo. No han tenido aptitud ni medios para ello, de modo que no cabe hablar, digo, a este respecto. La investigación científica ha sido muy pobre en nuestras Universidades y éstas sólo se han concretado a las labores de transmisión de conocimientos de docentes a dicentes.

— **¿En qué radica el arte de ser abogado?**

— El arte del abogado consiste en cumplir con las exigencias en cuanto a la formación eficiente y en cuanto al cumplimiento de su deontología especial como es la Deontología Forense.

Precisando el objeto de la pregunta, cabe decir que el abogado en cuanto al ejercicio de su actividad, siempre requiere de un lado el conocer con certeza el supuesto hecho de que se trata y en cuanto de otro lado, determinar con pertinencia qué dispositivo legal debe aplicarse y cuál es su propio sentido hermenéutico.



# **PETROLEO PARA EL DESARROLLO DEL PERU**

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU**

**SUCURSAL DEL PERU**

— Es cada vez mayor el número de Facultades de Derecho en el país, lo que necesariamente lleva a que sea mayor el número de abogados rebasando las necesidades de la sociedad. ¿Qué opinión le suscita este problema?

— Me parece que hay exceso en lo que se refiere al número de Universidades en nuestro país.

— ¿Cuál es la misión del abogado en la sociedad?

— La misión del abogado en la sociedad es la de cumplir con una labor técnica, intelectual y ética que son propias del ejercicio de la abogacía. En realidad dentro del ámbito de la abogacía, ésta ha asumido una gran extensión por las diferentes modalidades que se ofrecen. Con referencia a cada modalidad, hay que ejercer la actividad profesional correspondiente con eficacia y sentido de responsabilidad.

— ¿A qué atribuye la escasa producción de Doctrina Jurídica en nuestro país?

— El punto materia de esta pregunta se explica por el subdesarrollo que afecta a nuestro país. No existen los medios y los elementos necesarios para una producción jurídica notable en nuestras Universidades.

— Usted es un gran cultor de las Humanidades, pese a ello, se ha dedicado principalmente al Derecho. ¿Qué lo determinó a esto?

— La creencia jurídica queda comprendida dentro del campo de las humanidades y es así que se explica que puede darse el caso de personas que dedicadas al Derecho también se preocupen por cuestiones de cultura general.

— De sus compañeros universitarios, ¿a quiénes recuerda con mayor aprecio?

— Como estudiante de la Facultad de Letras en San Marcos, conocí a una persona que también hacía estudios en esa Facultad. Enrique Rojas Moreno. Era un conversador exquisito. Parecía tener algo de wildeano. Murió hace algunos años. De él aprendí mucho y tengo el mejor recuerdo perdurable.

— ... y de sus maestros?

— El Maestro que recuerdo con mayor aprecio, es a Manuel Vicente Villarán.

— ¿Cómo fueron sus inicios en la actividad docente?

— Ingresé a la enseñanza como catedrático auxiliar de la facultad de Derecho de San Marcos en 1927.

En 1928 me encargaron el curso de Filosofía del Derecho como Catedrático interino, este curso estaba ubicado en el primer año de estudios y presentaba el carácter de una introducción general al Derecho.

Luego en 1929 y 1930 tuve a mi cargo el curso de Derecho Constitucional General. Hacia esa época trébí mis primeros contactos con Manuel Vicente Villarán. En 1931 y 1932 dicté la asignatura de Obligaciones y Contratos. Despues de cursar clase en Alemania con motivo de una beca que me concedió la



Alexander Von Humboldt Stifung, me reincorporé en 1937 a la enseñanza en los cursos de Derecho Civil y Filosofía del Derecho.

— Usted es uno de los pocos tratadistas del Derecho Peruano que se ubican en una posición destacada por la calidad de sus trabajos, ¿se encuentra usted satisfecho con su producción Jurídica?

— En realidad, acerca de los libros que he podido escribir es dable manifestar que he padecido las dificultades de informaciones bibliográficas en un medio como el nuestro. Pienso con toda sinceridad que hubiera deseado realizar una obra más amplia y menos imperfecta. No por ello dejo de decir que guardo una especial estimación a lo que he escrito por el trabajo y esfuerzo que ello me demandó. Suele ser que aquello que obtenemos con mayor denuedo le guardamos un mayor cariño.

— Se cuentan muchas anécdotas acerca de su proverbial distraimiento, ¿qué le suscita conocer aquellas?

— No deja de agradarme que se cuenten hechos reales o inventados de cuando dictaba clases, o las que se relacionan con mi andar por los claustros de la Casona de San Marcos.

— Por último, Doctor, conocedores de su gran vocación por la Literatura, ¿cuáles fueron sus escritores preferidos en la juventud?

— En la Lírica, sin duda Charles Baudelaire, sin olvidar a Verlaine, Juan Ramón Jiménez, Machado y también al gran vate Vallejo.

# “Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil”

**Jorge Avendaño V.**

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

El Código de 1936 no tenía ninguna disposición que expresamente dijese de qué manera quedaba perfeccionada la trasmisión de la propiedad de las cosas muebles. El art. 947 del Código actual dispone que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición al acreedor, salvo disposición legal diferente. No queda ninguna duda que la tradición de la cosa es ahora un elemento esencial en la transferencia de la propiedad de los muebles. El agregado final que dice “salvo disposición legal diferente” se refiere a determinados bienes cuya transferencia requiere de alguna formalidad adicional a la tradición. Estos bienes son principalmente los muebles registrados. Así, por ejemplo, en el caso de la transferencia de un automóvil, la tradición o entrega no es suficiente. Se requiere adicionalmente que la transferencia quede inscrita en el registro respectivo. Del mismo modo, tratándose de las acciones de las compañías anónimas, la Ley de Sociedades Mercantiles establece que su trasmisión debe ser comunicada por escrito a la sociedad y anotada por ésta en el libro de registro. Hay pues determinados bienes muebles para cuya transferencia la ley establece una formalidad adicional a la tradición. Pero tratándose de los muebles no identificables, la tradición resulta ser ahora un elemento esencial, de tal manera que el sólo consentimiento no es capaz de producir la enajenación de la cosa.

Interesa precisar qué entiende el art. 947 cuando se refiere a la tradición. Hay una tradición real que consiste en la entrega efectiva de la cosa a la persona que debe recibirla (art. 901), pero también hay una tradición ficta, esto es, la que se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero (art. 902). Este último supuesto de la tradición ficta no requiere mayor explicación. Consiste en la enajenación de un bien mueble que está en posesión de un tercero, por ejemplo, a título de préstamo o de arrendamiento. En este caso la tradición no se efectúa realmente, sino que aquella se entiende realizada y produce efecto en cuanto al tercero desde el momento en que éste es notificado.

El primer supuesto del art. 902 (cambio de título posesorio) se produce, por ejemplo, cuando el arrendatario compra el bien que posee o cuando el propietario vende la cosa y se queda como arrendatario de la misma. En estos casos tampoco hay una entrega real sino tan sólo un cambio del título o la condi-

ción posesoria: el arrendatario deja de poseer como tal y comienza a poseer como dueño; y en el segundo supuesto, el poseedor que poseía como propietario posee ahora como arrendatario.

Hay por otro lado una tradición de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales (art. 903), la cual se realiza mediante la entrega de los documentos destinados a recogerlos. Es la tradición documental. Se trata de casos especiales de tradición en los que tampoco se entrega físicamente el bien objeto de la transferencia.

En nuestra opinión el art. 947 comprende no sólo la tradición real sino también la tradición ficta y las tradiciones especiales anteriormente referidas. Esta opinión se basa, en primer término, en una interpretación gramatical: el Código no hace distinción alguna. Por tanto al referirse genéricamente a la tradición, debemos entender que comprende todas las formas o modalidades que puede adoptar la entrega.

Por otro lado, el propósito de la tradición es que no haya más de una persona que se atribuya o reclame la propiedad de la cosa mueble. En efecto, el propietario puede haber celebrado contratos de venta en favor de varias personas. Sin embargo, a una sola de ellas le habrá entregado la cosa. Sólo ésta será el propietario del bien. La tradición resulta así el modo de adquirir, claramente diferenciable del título o acto jurídico que es su causa eficiente.

En el caso de la tradición ficta, el instrumento que acredita el cambio de título posesorio demostrará fehacientemente que la entrega ficta o simbólica en efecto se produjo. Así, por ejemplo, en el caso del propietario de un bien mueble que lo vende y se queda como arrendatario del mismo, su comportamiento como poseedor inmediato a título de arrendatario quedará acreditado mediante el contrato de compra venta celebrado y con el pago de la merced conductiva al propietario. Habrá pues, un reconocimiento de la propiedad de otro, lo cual será prueba de la tradición ficta realizada y, por consiguiente, de la transferencia de la propiedad del bien.

La regla al art. 947 se complementa con lo dispuesto en el numeral 948 que tiene su antecedente en el art. 890 del Código de 1936. La norma se pone en el caso de que exista un “depositario infiel”, esto es, un poseedor que tiene la obligación de restituir y que, a pesar de ello, enajena y entrega el bien mueble a un tercero adquirente. En este caso, si el adqui-

rente tiene buena fe, compra bien y se convierte en propietario. El Código de 1936 señalaba excepciones a esta regla. Era el caso de los bienes regidos por el Código Penal, por la ley de las ventas a plazos y por otras leyes especiales. En realidad la frase "bienes regidos por el Código Penal" era inadecuada porque el Código Penal no rige ni reglamenta los bienes. En rigor el Código se refería a los bienes robados. De otro lado, la indicación expresa de los bienes sujetos a la ley de ventas a plazos y a otras leyes especiales resultaba innecesaria porque en estos casos, como hay un registro de por medio, el adquirente no puede invocar buena fe. Por esto el Código de 1984 acertadamente ha dispuesto tan sólo que se exceptúan de la regla enunciada los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. Todo otro bien regido por leyes especiales y respecto del cual hay publicidad registral, queda también exceptuado de la regla por la razón antes indicada, esto es, porque el adquirente no puede acreditar buena fe.

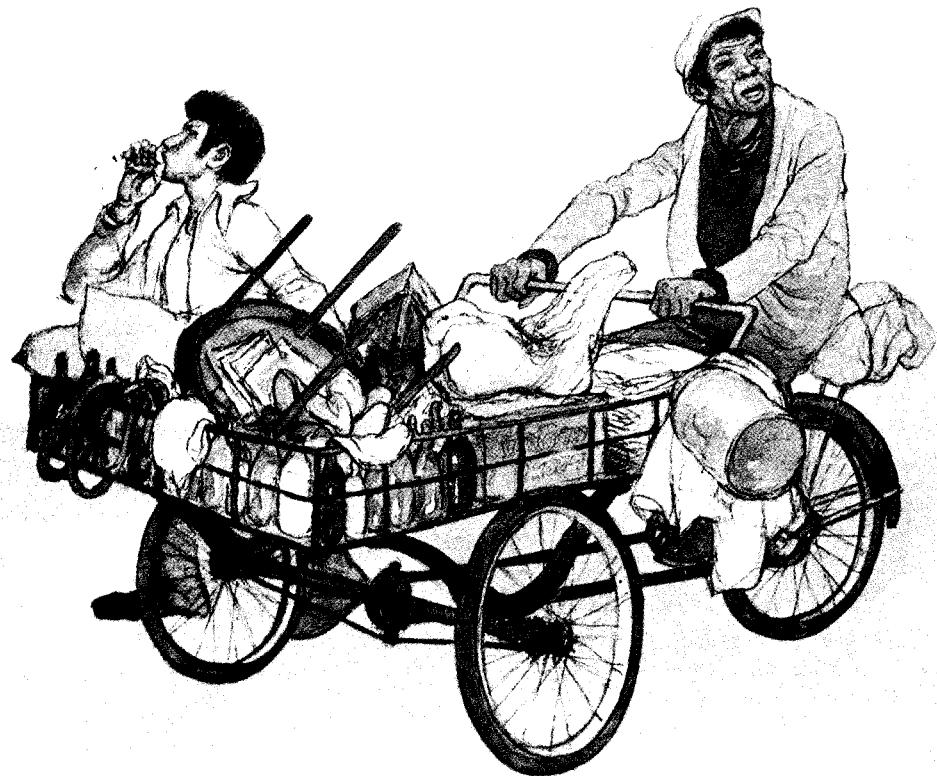
El art. 1136 del nuevo Código, incluido en el Libro de las Obligaciones, regula el llamado concurso de acreedores. El supuesto es que el deudor se haya obligado a entregar un mismo bien mueble a diversos acreedores. En este caso, dice el Código, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor haya hecho tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Prevalece pues el concepto de la tradición, lo cual concuerda perfectamente con la regla establecida en el art. 947 anteriormente comentado. Sin embargo, llama la atención que el Código exija que ese acreedor tenga buena fe. En este caso la buena fe importa que ese tercero adquirente ignore la existencia de una obligación de entrega anterior. En nuestra opinión el conocimiento o ignorancia de la

enajenación anterior es absolutamente irrelevante porque la compra venta sólo queda perfeccionada por virtud de la entrega o tradición conforme al art. 947. El convenio anterior ha sido absolutamente ineficaz para la transferencia de la propiedad, de donde resulta irrelevante que se conozca o desconozca la existencia de ese acto jurídico sin efecto alguno en el ámbito de los derechos reales.

La exigencia de la buena fe del tercero adquirente tiene justificación cuando la transferencia de la propiedad no queda perfeccionada con la entrega sino con el consentimiento. Conforme al nuevo Código ésto no es así: la tradición es un elemento esencial y constitutivo. Ella sola basta para trasmitir la propiedad. La buena fe del adquirente es entonces intranscendente.

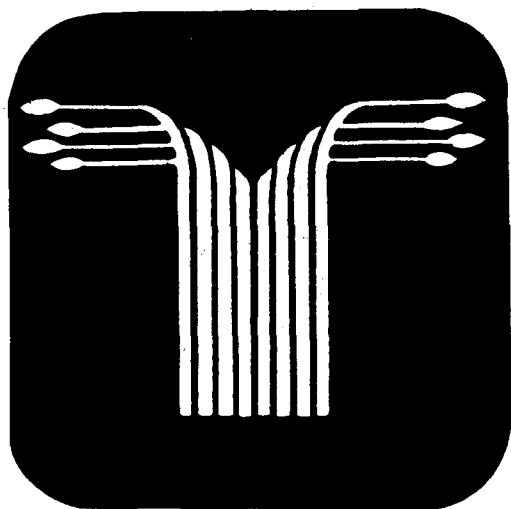
Podría sostenerse que el art. 1136 no se refiere únicamente a la transferencia de la propiedad sino a las obligaciones de dar en general lo cual es más amplio. Esto es cierto y no admite discusión. Sin embargo, también en el caso de que se trasmita sólo posesión, la tradición resulta el elemento determinante y constitutivo porque el art. 900 nos dice claramente que la posesión se adquiere por la tradición, con prescindencia de la buena o mala fe del adquirente.

Hay pues una falta de concordancia entre los arts. 947 y 1136. El contenido de éste último se justifica plenamente en el Código anterior y en efecto la regla estaba incluida en el art. 1173. Pero la exigencia de la buena fe no tiene justificación a la luz del actual art. 947 porque la tradición es elemento indispensable y suficiente.



# SOUTHERN PERU

Siempre presente  
en nuestro desarrollo



Trener

# “Las resoluciones inapelables”

Francisco Velasco Gallo

Ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia

La palabra **apelar** proviene del latín **appellare**, que significa “llamar”, “pedir auxilio”. “La **apelación**, dice **Becerra Bautista**, es una petición que se hace al juez de grado superior para que repare los defectos, vicios y errores de una resolución dictada por el inferior” (1).

La **apelación** es, pues, un recurso ordinario por el cual una de las partes o ambas solicitan al órgano jurisdiccional de superior jerarquía un nuevo exámen sobre una resolución dictada por otro juez, con el objeto que aquél la modifique, revoque o anule.

Las resoluciones de los jueces inferiores pueden ser en consecuencia, examinadas de nuevo por los tribunales superiores, a pedido de las partes, con el deseo de obtener una resolución más justa.

Entre los germanos la **apelación** era desconocida, porque las sentencias constituyan una expresión de la voluntad divina, la que no podía equivocarse.

En Roma, la **apelación** se admitió desde la época del Emperador Augusto. La jurisdicción residía entonces en el **príncipe** y los jueces la ejercían como delegados suyos. Teniendo por objeto la **apelación** enmendar los agravios que la sentencia causaba al **apelante**, la interposición del recurso impedía su cumplimiento, porque la jurisdicción del juez quedaba en **suspensión** al **devolverla** al **príncipe** en cuyo nombre la ejercía.

El derecho canónico advirtió que en ciertos casos como en la prestación de alimentos, la suspensión del cumplimiento de la sentencia podría ocasionar perjuicios al alimentista, y dispuso que se devolviera la jurisdicción sin suspenderse la ejecución del fallo: aparece así la **apelación** sólo en el efecto devolutivo.

El código de Procedimientos Civiles admite dos clases de **apelación**: en un efecto y en ambos efectos.

Si la **apelación** se concede en ambos efectos, se devuelve la jurisdicción al superior y se suspende la ejecución de la resolución apelada. En caso de admitirse en un sólo efecto (devolutivo), se cumple la resolución impugnada mientras no sea revocada por el superior.

El mismo Código en los artículos 141, 217, 340, 414 y 436 declara que los autos a que se refieren son **inapelables**.

El artículo 233 constitucional, inciso 18o., esta-

blece como una garantía de la administración de justicia, la **instancia plural**. (\*).

La Constitución, pues, declara como una garantía el principio de la doble instancia, cuyo abolengo se remonta a la revolución francesa: los litigios debían ser conocidos sucesivamente por dos tribunales.

Promulgada la Constitución de 1979, resulta que las resoluciones inapelables son contrarias a ella, y que en observancia del artículo 236 de la Carta (\*) en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera.

Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que es necesario proceder a una revisión del texto del articulado del Código de Procedimientos Civiles, para que guarde correlación con los preceptos constitucionales.



(1) BECERRA BAUTISTA. “El Procedimiento Civil en México”, Editorial Jurídica, México, D.F.

(\*) Constitución Política del Perú (1979-80) “Art. 233o.— Son garantías de la administración de Justicia: 18 – la instancia plural”.

(\*) “Art. 236o.— En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal el Juez prefiere la primera. (...).”

# “Familia y Derecho”

**Héctor Cornejo Chávez**

Autor de la Ponencia del Libro de Familia del nuevo Código Civil.

La familia no es un fenómeno exclusivo ni principalmente jurídico-legal. Primera sociedad a la que ingresa inevitablemente todo hombre, la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se inter-relacionan factores bio-fisiológicos, ético-religiosos, étnico-culturales, económico-sociales, psicológicos y educativos. Por tanto, las raíces de la problemática familiar se hunden en lo más profundo de la psíquis de los individuos, de la idiosincrasia de los pueblos, de las convicciones medulares y las condiciones del medio social en que se desenvuelve. Dentro de tan amplio y heterogéneo contexto, la acción global del Estado y más específicamente la normatividad jurídico-legal pueden en alguna medida fundar, modificar o extinguir instituciones e incentivar o desestimular ciertos patrones de conducta, sea por la vía directa de las permissiones y las prohibiciones, sea por la más sutil de una cierta función formativa de la conciencia individual y social.

Frente a este panorama, la relatividad del papel del Derecho en orden a la constitución y funcionamiento del fenómeno familiar aparece obvia.

Cuando, por ejemplo, la ley impone a los cónyuges los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia, lo hace a través de fórmulas más bien morales que de preceptos jurídicos: existe la posibilidad de sancionar al cónyuge por el incumplimiento de la obligación de dar una cantidad de dinero en concepto de alimentos, pero no la de obligarlo coercitivamente a que cumpla en espíritu de amor su deber de asistencia en todas las circunstancias, incluso nimias, de que está hecha la vida diaria del hogar. No hay ley que obligue a amar y ni siquiera a sonreir. El varón no puede ser forzado a cumplir el débito sexual, ínsito en el deber de cohabitación; ni puede la ley sancionar las fórmulas sutiles, y a veces puramente mentales, de infidelidad. Más que de obligaciones jurídicas, se trata de deberes morales. Casi nunca es posible la sanción legal de la infracción, pero casi siempre lo que ella puede producir es algo mucho más grave: el naufragio del matrimonio.

La ley impone a los hijos el deber de respetar, obedecer y honrar a sus padres. La fórmula repite casi a

la letra uno de los mandamientos de la ley de Dios. Pero no se respeta ni se honra, y a veces ni siquiera se obedece, con sólo actos externos que la ley pueda controlar, sino con actitudes vitales que se sitúan en lo más recóndito de los sentimientos y los afectos, hasta donde sólo la sanción moral puede llegar.

“Cuatro dimensiones fundamentales de la persona encuentran su pleno desarrollo en la vida de la familia: paternidad, filiación, hermandad, nupcialidad... son cuatro rostros del amor humano”, ha dicho Juan Pablo II; pero no es solamente con el código en la mano que el hombre y la mujer, los hijos y los hermanos se ubican existencialmente en esas dimensiones.

El amor no es condición jurídico-legal del matrimonio ni la relación paterno-filial o fraterna; mas sin él la relación se enfriá, se torna pura fórmula exterior, se frustra. No hay código que pueda impedirlo. El código no llega a las esencias del amor. Y sin él, el matrimonio y la familia no son fecundos.

“Amar es compartir: las alegrías y las penas y no sólo el pan de cada día –han escrito los esposos Ryan–: tanto si se es rico como si se es pobre. Compartir en las almas y en los cuerpos. Amarse es ayudarse a crecer en espíritu y entendimiento. Es elogiar sinceramente, prontamente y muchas veces. Es estar siempre disponible. Construir algo tan difícil y tan frágil como un buen matrimonio es algo que lleva tiempo. Amar es no hacerse zancadillas; no hurgar en el almacén de faltas del otro. Es decir con obras lo mucho que se aprecia al otro. Es ponerse en su lugar”... Es compartir, no competir.

Con la ley en la mano, pero sin sujeción a una escala de valores genuinos, la tarea de edificar una familia es una lotería; el matrimonio, un salto en el vacío. Sin diálogo y buena voluntad, no hay matrimonio en la dimensión de lo vital, aunque lo haya, intachable, en las actas del registro civil. Sin autoridad razonablemente ejercida, fundada en el amor sin debilidades, en la firmeza sin despotismo, en la comprensión sin renuncias; sin respeto a la persona irrepetible que hay en cada uno de los miembros de la familia, incluso el simplemente concebido; sin tolerancia mutua en el

trato diario; sin vocación de entrega y espíritu de sacrificio en bien de los demás; sin esto, el matrimonio y la familia naufragan. No hay código capaz de evitarlo, ni sentencia judicial que lo impida.

Simple todo esto al momento de escribirlo, difícil tarea es a la hora de realizarlo. Siempre lo ha sido. Pero lo es más aún cuando la familia en el mundo entero está en crisis. Como ocurre cuando el hogar se convierte en una forma sin alma; cuando se reduce a una apariencia tras la cual coexisten, sin convivir, un hombre y una mujer convertidos pór el hastío en extraños o por el odio en enemigos; cuando por la falta de diálogo se quiebra el empalme generacional entre los que se van y los que van llegando.

La crisis es tanto más grave cuanto los factores internos de disolución, nacidos de la inmadurez, la impreparación o la irresponsabilidad, resultan agravados desde afuera. Los massmedia juegan en éste, como en tantos otros campos, un papel decisivo. Por su conducto llegan a la intimidad del hogar y hasta el fondo de las conciencias y subconciencias la degradación morbosa del sexo despojado de su nobleza y dignidad, la exaltación de la infidelidad y el amor libre, la exhibición descarada de la pornografía que a veces ni siquiera se toma ya el trabajo de disfrazarse de arte. "El cine, las novelas, las canciones de moda nos proponen la mayor de las veces engaños, tristes amancebamientos, violencias físicas o morales, suicidios y muertes lentas... Repiten que las gentes felices no tienen historia", se ha escrito con razón en reciente documento eclesiástico.

El alcoholismo, la drogadicción, el homosexualismo, el amor libre, las uniones informales concientemente elegidas, la cohabitación plural, el adulterio generalizado y el divorcio fácil minan la familia y erosionan desde su interior los cimientos mismos de la comunidad civil.

Factores económicos vinculados a la producción y la distribución de la riqueza, sobre todo en los países emergentes, impactan sobre la familia. La desnutrición, la ignorancia, la promiscuidad, la enfermedad, el desempleo tornan heróica, si es que no imposible, la tarea de construir con el amor y la sonrisa miles de hogares.

El problema no es sólo económico, por cierto, desde que "hay casas donde no faltan ni el pan ni el bienestar, pero faltan la concordia y la alegría" junto a otras "donde las familias viven más bien modestamente y en la inseguridad del mañana, apoyándose mutuamente a llevar una existencia difícil pero digna: pobres habitaciones en la periferia de las grandes ciudades, donde hay mucho sufrimiento escondido, aunque en medio de ellas existe la sencilla alegría de los pobres" (Juan Pablo II). Millones de hogares hay en el mundo pobre que naufragan entre las miserias de la carencia, pero también perecen millones de otros en el mundo rico entre las miserias de la abundancia.

Gravitan sobre las familias factores de naturaleza educativa. En la raíz de muchos dramas domésticos pueden hallarse malformaciones que explican tanto el fracaso de las familias pudientes, como el aparente absurdo de hogares muy pobres cuyo jefe se gasta en una noche de sábado el salario de toda la semana.

A lo escrito, que es aplicable más o menos, a todas las realidades nacionales del mundo contemporáneo, se añaden aún otras dos características que complican más la problemática familiar.

La primera consiste en que la familia no es un fenómeno inmóvil, sino en constante evolución o involución, aunque ello no sea perceptible día a día. La segunda es que la dinámica de la familia no constituye un fenómeno cerrado dentro de las fronteras de cada país, sino abierto al mundo circundante, beneficiario eventual de sus logros pero expuesto también, en esferas y a ritmos diferentes, a sus desviaciones y retrocesos. Unos y otros, los beneficios y los daños, suelen ganar rápidamente y a veces sólo por snobismo a grupos elitarios influenciables e influyentes, pero también penetrar, aunque lenta y parcialmente, en las capas profundas de cada sociedad.

Abstracción hecha de los ingredientes no jurídico-legales de la problemática familiar —si semejante abstracción es posible o conveniente!—, es decir, esforzándonos por situar la cuestión en el plano estricto del Derecho, el Perú presenta otra peculiaridad que no se da en todas las realidades contemporáneas —aunque sí, con parecidos caracteres y en distintas intensidades, en algunas— y que hace más arduo el estudio de su problemática familiar y sus vías de solución. Y es que junto al Derecho que se podría denominar "oficial", funcionan otro u otros en la vida real, por mucho que sean ignorados y hasta combatidos por aquél.

A partir del modo y forma en que se constituye el grupo familiar (pero también en cuanto a los valores que presiden su funcionamiento, los deberes y derechos con el resto de la comunidad social), existe una importante diversidad en el Perú.

En lo que concierne a la constitución de una familia, se podría distinguir al menos tres grandes grupos:

- El de quienes, para fundar una nueva familia nuclear, contraen matrimonio;
- El de quienes lo fundan sin matrimonio formal alguno, pero sí a partir de una unión de hecho estable; y
- La de quienes la inician con uniones puramente ocasionales o accidentales, de solidez y duración precarias.

El primer de estos grupos no es homogéneo. En el Perú no todos "se casan" de la misma manera. Dentro de un panorama multiforme, coexisten la familia fundada sobre el matrimonio civil, que es el único reconocido por la ley a partir de 1930; la que se origina en un matrimonio canónico, que fue —con la poco significativa de las leyes de 1897 y 1903, dictadas para normar el caso de los extranjeros o de los peruanos que no eran católicos— el único que rigió en el Perú durante cuatrocientos años, desde la Conquista hasta 1930; formas ambas, la civil y la religiosa, que se practican sobre todo en los estratos occidentalizados de los centros urbanos y en las zonas rurales hasta donde ha llegado la acción del Estado o de la Iglesia; y la formalizada a través de uniones estables de Derecho consuetudinario indígena, fruto y reflejo, en parte mestizado, de una cultura milenaria, que mantiene, al menos en parte, sus pro-

pias características, no obstante un proceso secular de trasculturación que está lejos de haber concluido.

Respecto de las dos primeras, que tienen en común muchas normas de contenido y forma, existe una base registral que permite, si se desea, medir su magnitud y frecuencia. En un gran número de casos, además, la pareja contrae sucesivamente ambos matrimonios, si bien, en el consenso íntimo de los estratos implicados, el matrimonio "verdadero" es el canónico, en tanto que el civil se estima una suerte de trámite legalmente necesario.

No existe, en contraste, base estadística confiable acerca del matrimonio de Derecho indígena y ni siquiera estudios suficientes que permitan llegar a conclusiones firmes acerca de numerosas cuestiones fundamentales: el área socio-geográfica en que se registra el fenómeno —aparentemente extendido en la sierra central y del sur, desde Huánuco en el norte hasta Puno en el sur y probablemente en otras zonas del Ande—; la uniformidad o diversidad esencial del fenómeno —conocido bajo muy diversas dominaciones, según la zona: servinakuy, warmichakuy, ujtasiña, palomai....—; y su contenido de derechos, obligaciones y responsabilidades. A la ausencia total de una política oficial de estudio y conocimiento de fenómeno tan importante —cuantitativamente por ser masiva su práctica en el país y cualitativamente porque se trataría de un verdadero matrimonio marginado hasta hoy por el ordenamiento legal al menos en la esfera civil—, algunos estudios efectuados por iniciativa particular y un esfuerzo todavía incipiente de la Universidad Católica del Perú, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, empiezan a trazar un mapa, aún muy incompleto y en veces contradictorio, del fenómeno y de sus características. Mientras tanto, la posición oficial del Derecho Peruano, a partir de la Constitución, es la de ignorar la existencia del servinakuy —así llamado con una generalización seguramente simplista— o de aproximarse a él por vía parcial e indirecta.

En cuanto a las uniones estables de hecho, es decir, del concubinato, resulta obvia su existencia. El conocimiento del mismo, sin embargo, es insuficiente, aún desde un punto de vista puramente estadístico, lo que explica, aunque no siempre justifica, las cifras tan dispares con que a veces se mide la magnitud del fenómeno. Estadísticamente, al menos, parece exagerada la idea relativamente generalizada de que en el Perú hay tantos o más concubinatos que matrimonios, si bien, de otro lado, es posible que, para fines censales, se dé el caso de parejas "casadas" sólo por la Iglesia que se declaran casadas, porque efectivamente así lo creen y lo sienten; y que en ciertos casos se declaren también casadas personas que realmente viven en concubinato.

De todas maneras, la actitud del Derecho peruano en esta materia ha sido más bien reticente. Hasta antes de la nueva Constitución, ni en la anterior, ni en el Código Civil todavía vigente de 1936 se legisló al respecto. La carta de 1933 ignoró totalmente el fenómeno, y el Código Civil sólo alude directa y nominalmente a él en el art. 366, como una de las situaciones en que se puede fundar una acción de investigación de la paternidad extramatrimonial.

En este plano resulta expresivo el cambio de ideas que se produjo al interior de la Comisión Reformado-

ra del Código de 1852, cuya tarea habría de culminar con la promulgación del de 1936. Desde luego, la consecuencia del concubinato que llamó más la atención del codificador fue el riesgo de la concubina abandonada, cuyo concubino, además, se apropiaba de los frutos del esfuerzo común (consecuencia, sin duda, importante, pero no única y tal vez no la de mayor gravedad); hipótesis para cuya corrección en justicia se consideró suficiente la norma contenida en el art. 1149 que legisla en general sobre el enriquecimiento sin causa.

En esta materia, sin duda muy controvertible —pues se podría temer que en la medida que se ampare las uniones de facto se desestimula o desalienta las uniones de *jure*—, la Constitución de 1979-80 y el proyecto de nuevo Código Civil en actual debate público, registran una posición más neta y frontal.

En efecto, el art. 9 de la Carta preceptúa que la unión de hecho estable, realizada por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial y mantenida por el tiempo que la ley señale, se rige por las reglas de la sociedad de gananciales en cuanto sean aplicables. Esto significa una cierta constitucionalización del concubinato *strictu sensu* (es decir, el que puede convertirse en matrimonio por no obstarle impedimento legal alguno), pero únicamente en cuanto a la administración, gravamen y disposición de los bienes adquiridos por el esfuerzo común (que en cierta medida se presume por el hecho mismo de la convivencia) y, sobre todo, en cuanto a la distribución de dichos bienes entre ambas partes por igual cuando la unión fenece. No se trata, pues, de una suerte de matrimonio para efectos alimentarios, hereditarios ni de otra naturaleza; ni pierde la unión la característica esencial de que, iniciada de hecho, puede también terminar de hecho.

En acatamiento de la norma constitucional, el proyecto de nuevo Código Civil preceptúa que "la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos". A falta de acuerdo entre ambos, la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos en la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder al abandonado una cantidad de dinero en concepto de indemnización, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reuna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indecido".

A parte de precisar el contenido de la unión de hecho y de gobernar con detalle la forma en que puede probarse, el proyecto concede al abandonado (uno y otra en virtud del principio de igualdad de los sexos contenido también en la Constitución, pero aplicable, en los hechos, seguramente más a la mujer



que al varón) un derecho eventual a indemnización; y por otra parte, explícita al amparo —sólo implícito en el Código de 1936— que la ley presta al concubino o concubina cuya unión no haya durado un mínimo de dos años continuos.

Por cierto que, en esta delicada materia, la nueva Carta y el proyecto de nuevo Código Civil no son las primeras normas pertinentes al problema. Algunas leyes laborales, como la 8439 (contemporánea del Código Civil de 1936) y la 8569, las leyes de reforma agraria y de propiedad social, ya habían dictado algunas reglas referentes a la unión de hecho.

Otra innovación importante introduce la nueva Constitución en el ordenamiento jurídico-legal peruano; y es la que proclama la igualdad de los sexos ante la ley (art. 2, inc. 2o.); disposición ésta que, aunque no está circunscrita al ámbito de la familia, ciertamente tiene en éste consecuencias concretas y a veces problemáticas.

Dicho precepto significa que el Libro de Familia del Código Civil no puede mantener aquellas normas que de algún modo establecen la prevalencia del varón sobre la mujer.

Tales consecuencias pueden sintetizarse en tres grandes grupos: el referente a las relaciones personales entre los cónyuges; el concerniente a sus relaciones patrimoniales; y el relativo al ejercicio de la patria potestad.

Respecto a las primeras, el Código de 1936, todavía vigente en su conjunto, otorga al marido la jefatura

del hogar y su representación legal frente a terceros, la facultad de fijar y mudar el domicilio común (si bien reconoce a la mujer el derecho de oponerse cuando la decisión marital constituye un abuso de su derecho), la de decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar (sobre el supuesto, no siempre exacto, de que es el marido quien obtiene los recursos necesarios para su sostenimiento), la prerrogativa de autorizar o no a su mujer para que desempeñe funciones económicas fuera del hogar, y la obligación de la mujer de añadir a su apellido el de su marido. Todas estas normas tienen que ser modificadas en el nuevo Código (y así lo hace el proyecto en actual debate), sustituyéndolas por el principio del ejercicio común de esas facultades.

Como contrapartida, el Código aún vigente impone al marido la obligación de proporcionar a la mujer y en general a la familia lo necesario para su sustento. El principio de la igualdad de los sexos impone ahora la norma de que ambos cónyuges tienen la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar en proporción a sus capacidades y disponibilidades; si bien, considerando que en los hechos son numerosos los casos en que sólo el marido ejerce una actividad económica lucrativa, prevé que en esas hipótesis la obligación reposa sobre él.

En cuanto a las relaciones patrimoniales, el Código de 1936 establece, como sistema único y obligatorio (salvo casos excepcionales) el régimen de comunidad de gananciales, según el cual la administración de los bienes comunes corresponde al marido (con la posibilidad de oposición eventual de la mujer a los actos abusivos). El nuevo Código habrá de establecer, en cambio, la norma de la administración conjunta cuando el régimen elegido sea el de gananciales; además de introducir la posibilidad de que, al momento de contraer matrimonio o después, ese régimen sea sustituido por el de separación de patrimonios sin necesidad de juicio.

En lo que concierne, finalmente, al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores, el Código actual preceptúa que corresponde a ambos cónyuges, pero en caso de discrepancia prevalece la opinión del varón. El nuevo Código sustituye esta regla por la de dirimencia judicial.

Como es fácil advertirlo, estas innovaciones, derivadas todas de la nueva Constitución, pueden originar en la práctica problemas tan graves como los que se quiere evitar, sin que la intervención del Poder Judicial haya de producir en todos los casos mejores resultados.

Tanto en materia de relaciones entre marido y mujer como en las derivadas del ejercicio de la patria potestad, es claro que la única solución satisfactoria dependerá de la capacidad de diálogo del varón y la mujer (y un diálogo no es sinónimo de dos monólogos superpuestos), de su capacidad de actuar racionalmente y teniendo en cuenta los superiores intereses del hogar, es decir, de la madurez de los cónyuges, condición y objetivo, éstos que obviamente no se logran por el solo mandato de la ley.

Otra de las innovaciones de la Constitución de 1979/80 que afectan a la familia es la que declara que todos los hijos tienen iguales derechos (art. 6).

Aunque la formulación es general, habrá que interpretarla en el sentido de que los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos o judicialmente declarados tienen los mismos derechos; y de que el llamado "hijo alimentista" (que es el extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente respecto del pretendido padre) no podrá ejercer en lo que a éste se refiere los mismos derechos que el hijo matrimonial o extramatrimonial reconocido o declarado como tampoco podrá ejercerlos, respecto de la madre, el hijo extramatrimonial negado por ella, salvo que obtenga sentencia favorable.

La innovación tiene menor repercusión práctica de lo que ordinariamente se piensa, ya que la diferencia entre el hijo matrimonial y el extramatrimonial reconocido o declarado era ya en el Código de 1936 relativamente pequeña al menos en materia de Derecho de Familia. La repercusión más importante se mantenía más bien en el campo del Derecho hereditario, ya que según la ley del 36 los hijos "ilegítimos" heredaban la mitad que los "legítimos" cuando concurrían unos y otros en la herencia del padre o de la madre; diferencia que ahora desaparece.

Por lo demás, la equiparación de ambas clases de hijos ha determinado la supresión de la antigua figura de la legitimación, pues ésta tenía por objeto convertir en "legítimo" al "ilegítimo", fundamentalmente para acordarle los mismos derechos.

Aunque se trate de una consecuencia menor, quizás convenga señalar que las denominaciones de "legítimo" e "ilegítimo" que emplea el Código de 1936 (y que de alguna manera significaban que el segundo estaba contra o al margen de la ley y en realidad lo **calificaban**), son sustituidas por los de "matrimonial" y "extramatrimonial" (que aluden a un hecho: el de estar casados o no los padres entre sí, pero que no **califican** al hijo como dentro o fuera de la ley).

El proyecto de nuevo Código Civil introduce, además, otras innovaciones importantes en materia familiar, que no vienen determinadas por la nueva Constitución, sino aconsejadas por la experiencia.

Dos de ellas merecen alguna explicación, a saber:

La que, manteniendo el nombre de "adopción", sustituye, sin embargo, los alcances restringidos que actualmente tiene en la ley por los más amplios de los que la doctrina llama "legitimación adoptiva"; la cual básicamente consiste en que, en vez de que el adoptado pertenezca a medias a dos familias como actualmente ocurre, se incorpora plenamente a la de los adoptantes que son casados entre sí, a fin de evitar, en lo posible, los traumas que suelen afectar al hijo adoptivo cuando "descubre" acaso tarde que no son sus padres aquellos a quienes creía tales. Las consecuencias de esta innovación exceden de lo que podría desarrollarse en este artículo.

Otra de dichas innovaciones es la que permite la prueba de los grupos sanguíneos, en los juicios de investigación judicial de la paternidad y de la maternidad, no para descubrir quién es el padre o la madre, sino para descartar que lo sean el demandado o la

demandada; modificación ésta que se basa en conclusiones científicas que han adquirido ya carácter de certidumbre.

Otras e importantes innovaciones, dirigidas a robustecer el núcleo familiar, son ciertamente posibles en otros campos del Derecho, como el de Menores; pero es posible que el ordenamiento legal en su conjunto sería más eficaz si, dentro de la estructura y el funcionamiento general del Estado, la familia recibiera el tratamiento preferencial que merece y de que está cada día más urgida. Y una de las vías eventualmente expeditas para lograrlo podría ser aquella que integrara las políticas —y sus correspondientes acciones— que tienen que ver con el fenómeno familiar, a través de la creación de una magistratura especializada, en que los jueces y tribunales contaran necesariamente con el concurso de profesionales no letrados (psicólogos, psiquiatras, nutricionistas, asistentes sociales, educadores, religiosos y laicos...) y en que la función judicial no se limitara —por razones de recargo de trabajo o de insensibilidad humana— a expedir resoluciones con fría y lejana indiferencia burocrática, sino que se esforzaran por penetrar en la esencia humana de la problemática familiar para encontrar soluciones eficaces a los dramas y hasta las tragedias que con frecuencia erosionan a las familias y frustran a seres humanos culpables unas veces e inocentes las más.

Dentro de esta visión, un Código de Familia independiente del Código Civil y que incorpore orgánicamente a su contenido el de las normas referentes a los menores en situación irregular; y eventualmente la creación de un Ministerio de La Familia (permanentemente alerta frente al riesgo de la burocratización que termina por matar por congelamiento e indiferencia toda iniciativa nacida con calor humano) podrían completar el campo de aportaciones del Derecho a la solución o tratamiento de la grave problemática de la familia; sin que nada de ello, con ser valioso, invalide nuestra afirmación inicial: la familia no es exclusivamente, y ni siquiera principalmente, un fenómeno jurídico-legal y, por tanto, sus problemas no se solucionarán jamás con sólo promulgar leyes, por bien inspiradas que ellas, si es que semejante esfuerzo no se integra en su contexto mucho más amplio y profundo, que no sólo incluye sino que demanda un modelo que modifique también las pautas éticas, culturales y socio-económicas actuales.

Lima, 25 de Octubre de 1984.

# “Los Derechos Reales en el nuevo Código Civil Peruano, 1984”

**Lucrecia Maisch Von Humboldt**

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil.

**El Código de 1852** dedicaba 382 numerales a la problemática de los derechos reales en los que, en forma cuidadosa y adecuada, brindaba la conceptualización legislativa de instituciones tan importantes como: posesión, propiedad, usucapión, servidumbre, usufructo, prenda, hipoteca. Asimismo, dentro de una política legislativa coherente, se regulaba las causales de extinción de dichas instituciones. **En resumen:** la legislación peruana de 1852 no deslucía frente a sus similares europeas, cuantitativa ni cualitativamente, ad-ejemplum el B.G.B. con sus 457 artículos sobre Derechos Reales, el Código Mejicano 522 numerales y el panameño con 401.

**El Código de 1936** por motivos no fáciles de comprender el legislador de 1936 decidió reducir drásticamente las normas sobre Derechos Reales de **382 a sólo 224**, lo que significó eliminar **159 artículos**, lo que representa una considerable reducción del orden del 42 o/o que indudablemente se reflejó en el aspecto sustancial y cualitativo del cuerpo de leyes al suprimirse todas las definiciones del Código de 1852, los derechos y obligaciones de los intervenientes, y, lo que es más grave y resulta difícil de comprender, las causales de extinción de instituciones tan importantes como propiedad, hipoteca, etc. Respecto a esta última la mutilación fue aún más drástica de **59 a 19 artículos**, es decir inexplicablemente se dejaron de lado **40 numerales**, lo que representa un 68 o/o del total, y con esta razón legislativa cayeron también aspectos fundamentales de este importante derecho real de garantía, como se analizará en su congruo lugar.

Esta incomprensible política legislativa determinó que el Código Civil peruano de 1936, en lo que a Derechos Reales se refiere, fuera el más escueto, inorgánico y pobre de toda América Latina por no citar a los europeos.

**Los Comentaristas del Código de 1936.** Durante los 48 años de vigencia del Código de 1936 los comentaristas de los Derechos Reales y, muy en especial los tratadistas Eulogio Romero Romaña y Jorge Eugenio Castañeda, han señalado y criticado sus nume-

rosas omisiones, errores e inconcordancias que puede resumirse en una feliz expresión del Maestro Romero: “exageración de simplicidad” al ocuparse de la hipoteca o del silencio inexplicable del Código sobre las causales que originan la pérdida de la propiedad.

**El Proyecto de la Comisión Revisora:** Al publicarse, en Febrero de 1984, el texto aprobado me vi obligada a dirigirme el 27 del mismo mes por escrito al Presidente de dicha Comisión para expresarle: “Mi más profunda preocupación por la aprobación del referido Libro, que no implica ninguna modificación substancial del Código de 1936, ni subsana las gravísimas omisiones señaladas por sus comentaristas, que tampoco incorpora ninguna de las importantes modificaciones aportadas por el Código Italiano, obra celeberrima que ha sido inspiración de Códigos tan modernos como el Portugués de 1967 o el Código Bander de Bolivia de 1975, y que sí ha sido fuente de inspiración para los ilustres Maestros: León Barandiarán, Fernández Sessarego, Lanatta, Arias Schereiber, Osterling, De la Puente, Trazegnies, Ponentes de otros libros del Proyecto.

En efecto, el texto aprobado por la Comisión Revisora no es sino una simple repetición del Código de 1936, en más del 90 o/o de su articulado, reitera su falta de sistemática, al legislar juntas instituciones de diversa naturaleza reproduciendo su pobreza, su esquematismo y su simplicidad, continuando dentro de una tendencia decreciente, que, si en 1936 fue inexplicable, en 1984 resulta injustificable, al reducir aún más el número de artículos de **224** del Código de 1936 a sólo **217** con los que se “pretendía legislar” la problemática de los Derechos Reales que en otros países ha merecido una normatividad seria y científica, tal la boliviana de 365 artículos, la colombiana de 449, etc.

Afortunadamente la Comisión Revisora, mostrando receptividad a una posición doctrinaria y principista, acogió, aunque no totalmente pero sí en buena proporción, las innovaciones y correcciones, el cambio total de sistemática, las definiciones, las normas sobre derechos y obligaciones de los intervenientes, las causales de extinción de las instituciones y, en gene-

ral, todas las modernizaciones, fundamentadas en 22 de los Códigos más importantes del mundo de la Ponencia que, en mi calidad de Miembro, había presentado a la Comisión Reformadora.

**El Código Civil de 1984.** Antes de examinar los numerosos e importantes cambios que introduce el nuevo Código en relación al anterior y al Proyecto de la Comisión revisora es conveniente efectuar un

breve análisis de los aspectos generales del mismo, ésto es: su sistemática, su política legislativa, su técnica, sus fuentes, y su inserción dentro de los demás libros del Código:

**1. La sistemática del Código de 1984:** Resultaba como una necesidad insoslayable el cambiar totalmente la sistemática del Libro de Derechos Reales del Código de 1936, conservada por la Comisión Revisora en 1984, puesto que ésta mezclaba instituciones al legislar en la Sección de la Propiedad instituciones autónomas y disímiles como el usufructo, uso, habitación, derecho de superficie y servidumbres, puesto que ésta última es un derecho limitativo y las otras son derechos desmembratorios, siendo legisladas en todos los Códigos extranjeros en forma independiente y específica. Pero ésto no es todo, el Código aún vigente apila los artículos sin orden ni concierto intercalando derechos con presunciones, norma primero la conservación y después la adquisición, etc. sin ninguna subdivisión o estructura lógica. Esta lamentable situación, que se mantenía intacta en el Proyecto de la Revisora, ha sido felizmente superada.

El actual Código responde a una sistemática racional legislando separada, ordenada y específicamente cada institución, creando sin reservas ni limitación alguna tantas secciones, títulos, capítulos y subcapítulos como ha sido menester para lograr una sistemática lógica y precisa que indudablemente facilitará el manejo y la interpretación del texto legal.

**2. La política legislativa del Código de 1984:** El legislador de 1936, contradiciendo la política del enjundioso legislador de 1852, acuñó la frase: "hay que dejar las definiciones a la doctrina". En cambio el nuevo Libro de Derechos Reales y, en general todo el Código de 1984, concordando con el legislador del siglo pasado y con los más modernos y técnicos Códigos del mundo adopta una política diferente: la de brindar un instrumento legal que enseñe, que defina las instituciones que regula, que ofrezca una normatividad completa y escalonadora dirigida no sólo al letrado si no también al ciudadano, quien es el verdadero destinatario de la norma.

**3. Técnica legislativa del Código de 1984:** De acuerdo a la moderna legislativa francesa cada norma debe responder a los principios de unicidad, especificidad y completividad, cualidades que no se observan en el Código de 1936, cuya técnica por

el contrario en muchos casos consistía en comprender hipótesis, condiciones y soluciones o el legislar "En passant" colgando un precepto importante al final de otro, sólo para aprovechar la oportunidad. Todo ésto determinaba la necesidad de verificar una laboriosa desagregación e interpretación del texto legal, lo que no sólo es perjudicial sino también eventualmente puede ser peligroso por las interpretaciones erróneas que se puedan inferir de una norma poco clara.

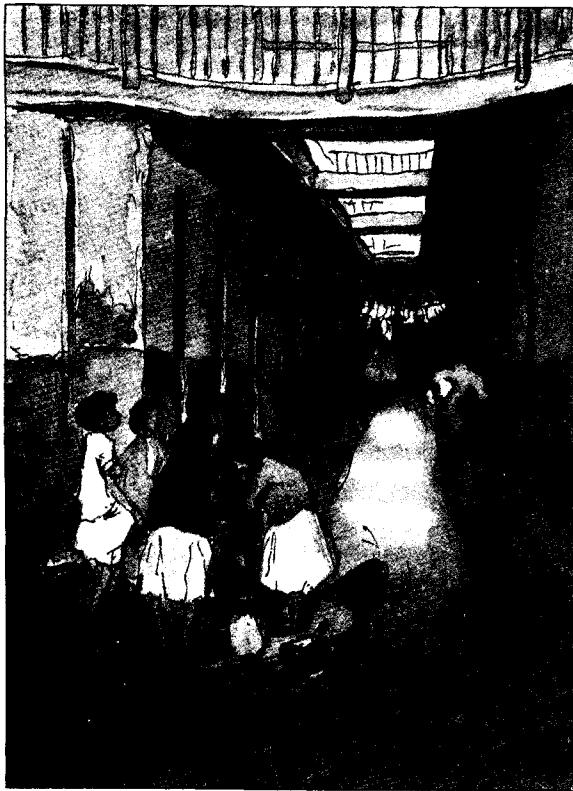
La técnica del legislador de 1984 ha superado ampliamente estas desventajas y se caracteriza porque sus preceptos han sido formulados en forma lógica, concisa y completa.

Otro aspecto negativo del Código de 1936 es el referente a una pretendida elegancia gramatical que lo indujo a no repetir palabras, al respecto señala el Maestro Castañeda que para referirse al "condomino" usa 9 expresiones diferentes: Co-propietario, porcionista, coheredero, interesado, propietario, condómino, dueño, copartícipe, comunero, propietario pro

El Código de 1984, con buen criterio y correcta técnica legislativa lo denomina por su verdadera calidad jurídica: "copropietario", aunque tenga que repetir el mismo término en todos los artículos.

Infortunadamente el nuevo Código no ha corregido un defecto que se critica en la moderna técnica legislativa francesa y es el de efectuar remisiones, así lo señalaba un jurista francés en unas recientes Jornadas Franco Latinoamericanas, remisiones que a veces no son simples sino múltiples como el del ejemplo que citó: "Si se dan los supuestos del art... se procederá de acuerdo al art... salvo lo dispuesto en el art... en cuyo caso se aplicará el art..." ejemplo extremo pero real de la política de efectuar remisiones de normas que ya no merecen ese apelativo y más parecen "crucigramas jurídicos". En la Ponencia que presenté a la Comisión Reformadora me he cuidado de no efectuar ninguna remisión por considerar que bien vale la pena que una persona se dé el trabajo de repetir pequeños textos a que miles tengan que molestarse en buscar los artículos pertinentes.

**4. La inserción del Libro de Derechos Reales dentro del contexto del Proyecto:** El Libro de Derechos Reales tal como fue aprobado por la Comisión Revisora, como se ha expresado, era una simple repetición del Código de 1936 en más del 90 o/o, lo que suscitaba una situación de conflicto y de incompatibilidad respecto a los demás Libros del Código, cuyos Ponentes, después de haber realizado un serio y exhaustivo trabajo de investigación, análisis y evaluación del derecho nacional y de la legislación comparada han formulado proyectos técnicos, modernos, bien estructurados que no desmerecen ante los Códigos más modernos. Por el contrario, el Libro de Derechos Reales, tal como fue aprobado y publicado por la Comisión Revisora, no podía ser parte del mismo contexto con los otros Libros, dada la incompatibilidad que se aprecia respecto a la política legislativa, a la



diversa sistemática, a la técnica utilizada y a la inspiración del derecho comparado, lo que sin duda alguna hubiera significado una ruptura y una desarticulación de la unidad y homogenidad que debe existir en todo Código.

Afortunadamente la Comisión Revisora accedió a la reestructuración del referido Libro, el mismo que ha sido modificado totalmente en su sistemática, se ha incluido las causales de extinción de las instituciones y, en general, se ha enriquecido notablemente, lo que determina que ya no sea una discusión en la unidad del Código.

#### EL NUEVO CODIGO CIVIL Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La realidad actual del problema habitacional en el Perú y en muchos países del orbe, ha tomado una dirección que es irreversible: la construcción de viviendas multifamiliares, dado que cada día es más oneroso y resultará en el futuro impracticable, en los países en vías de desarrollo, el agotar las posibilidades de un terreno en la edificación de una casa para una sola familia, tanto por la escasez y carestía de los terrenos, como por la imposibilidad que tienen los Gobiernos Locales para extender sus servicios de agua, desagüe, electricidad, teléfono, mantenimiento de pistas, veredas y áreas verdes, por lo que se impone, de acuerdo a los criterios de urbanismo y de administración, la **densificación de las ciudades**.

Este fenómeno se observa muy claramente en ciudades como São Paulo, Río y Buenos Aires en donde se aprecian innumerables manzanas de edificios y

sólo como "rara avis" alguna casa unifamiliar, solitaria testigo de una realidad habitacional totalmente superada.

Esta misma realidad se vive en la capital y las principales ciudades del Perú y se incrementará notablemente en un futuro muy cercano.

Comprobada esta innegable tendencia a la **planificación racional de los centros poblados** resultaría incongruente, por decir lo menos, que el nuevo Código Civil Peruano, destinado a regir la vida y propiedad de todos los peruanos desde fines de este siglo y que se proyecta a la próxima centuria no legislase sobre: la **única propiedad predial de veras significativa que es la de las viviendas multifamiliares** para concretarse, con una falta notable de perspectiva histórica, a legislar exclusivamente la propiedad predial de aquellos pocos y favorecidos peruanos propietarios de casa unifamiliar.

Así, lo reconoció en un programa televisivo el insigne Maestro e ilustre Codificador Max Arias Schereiber, actual Ministro de Justicia al exponer la filosofía y la política que inspiraron la formulación del magnífico Proyecto para un nuevo Código Civil Peruano.

Por otro lado los Códigos más técnicos y recientes del mundo como el Italiano de 1942, el Guatemalteco de 1963, el Portugués de 1967 y el Boliviano de 1975 legislar la propiedad horizontal con todo el esmero y tecnicismo que su rica problemática requiere, pues, aunque hay jurista que públicamente expresa que no le da importancia alguna a los Códigos extranjeros, quien ésto escribe cree firmemente en la excelencia del derecho comparado como fuente e inspiración, a la par de la doctrina y jurisprudencia, de todo proyecto sobre el Código Civil.

Por estas razones resulta lamentable que la Comisión Revisora del Código Civil no haya consagrado el proyecto que, en mi calidad Miembro de la Comisión Reformadora y Ponente del Libro de Derechos Reales, he presentado y en el que se establece el sistema de la propiedad horizontal en el Perú a base de las "unidades inmobiliarias" que no responden al criterio de la horizontalidad o verticalidad, sino a su tipificación jurídica mediante la inscripción en el Registro, las que pueden originarse por construcción ad-hoc o por independización de inmuebles ya existentes.

Asimismo se consagran los deberes, derechos y responsabilidades de los titulares tanto sobre las áreas propias como sobre las en copropiedad; se sientan las bases para la administración y la adopción de decisiones; se legisla sobre mejoras y causales de extinción, en fin se ofrece una normatividad técnica e idónea inspirada no sólo en los Códigos extranjeros mencionados sino también en la doctrina y la realidad peruana, sin caer en excesos reglamentaristas pero que sí otorgará certeza jurídica y seguridad legal a los millones de peruanos que viven en viviendas multifamiliares quienes tienen todo el derecho de que los normas el nuevo Código Civil Peruano y no una ley aparte, lo que tendría que suceder si el legislador patrio de 1984 circunscribiera la propiedad predial en el Perú a la propiedad unifamiliar.

# “Tridimensionalismo Jurídico: Balance y Perspectivas”

**Domingo García Belaúnde**

Especialista en Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho.

Desde la década del sesenta, el nombre de Miguel Reale el ilustre filósofo del derecho brasileño (1), y el “tridimensionalismo jurídico” se hallan indisolublemente unidos y en el centro de una discusión que no termina. Es curioso señalar que antes de esa época, el nombre y la obra de Reale eran prácticamente desconocidos en el ámbito hispano-americano, explicable en parte por la no circulación de sus obras en idioma castellano.

¿Cuál era el panorama previo a la difusión de la “teoría tridimensional del derecho”? La respuesta la podemos encontrar acudiendo al testimonio de Josef Kunz, quien como consecuencia de la diáspora que originó el nazismo, acabó enseñando en las universidades norteamericanas, y a quien a principios de la década del cuarenta, la Universidad de Harvard encargó la preparación de un volumen con las obras más significativas de la filosofía jurídica latinoamericana, para ser incluidas en su monumental serie intitulada “20th Century Legal Philosophy Series”.

Cuenta Kunz que a raíz de este encargo, revisó o leyó un promedio de cuatrocientas obras, entre libros, folletos y ensayos, tanto en idioma español como en idioma portugués, publicados entre mediados del siglo pasado y principios de la segunda guerra mundial. Tras este exhaustivo análisis —hecho por quien tenía la independencia de criterio por ser ajeno a su desarrollo— pudo seleccionar tan sólo cuatro obras, que cuidó de incluir en forma total o parcial: *Vida humana, sociedad y derecho*, de Luis Recasens Siches, *La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, de Carlos Cossío, *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho y Libertad como Derecho y como poder*, ambos de Eduardo García Maynez y *Eidética y Aporética del Derecho*, de Juan Llambías de Azevedo. El volumen fue finalmente editado, en pulcra traducción al inglés con prólogo del mismo Kunz, en 1948, en las prensas de la Universidad de Harvard, y bajo el título genérico de “Latin American Legal Philosophy”.

La presencia de estos pensadores —dominante en la década del cuarenta— explica bien el tono y el acento

de la época y sus influencias: historicismo diltheyano, vitalismo orteguiano, presencia de Husserl y de la fenomenología desarrollada por algunos de sus discípulos (Scheler, Hartman), y un trasfondo de Kelsen, no aceptado *in toto*. De acuerdo a este dato inobjetable de parcialidad —aún cuando puedan discutirse sus asertos— nada se sabía de la obra de Reale ni de su posterior teoría tridimensional, no obstante que ya a partir de los años cuarenta, el pensador brasileño había empezado su larga carrera de publicista, y aún más, insinuado su teoría, que en rigor sólo plasmó en 1953, con la publicación de su *Filosofía do Direito*, traducida por G. Ricci y Luiggi Bagolini al italiano en 1956, y cuya traducción parcial al castellano se inició a fines de la década del setenta. Esto es, si bien con valiosos antecedentes, la teoría tridimensional sólo aparece *ipso nomine* en 1953, que Reale difunde posteriormente en ensayos y discursos, así como en ampliaciones a su obra de 1953 y en otros complementos bibliográficos. Lo curioso del caso es que la obra fundamental en donde Reale expone esta teoría sólo empieza a ser traducida al castellano a fines de la década del setenta (sin la parte en que analiza precisamente su contribución) pero no obstante esto, ella encuentra amplia acogida en el mundo hispano-americano, no obstante —repetimos— que la obra que lo expone, o si se quiere, la parte en donde lo analiza en su integridad, permanece hasta ahora sin ser vertida al castellano (por no mencionar la influencia que ha tenido en otros ámbitos culturales distintos al nuestro).

Buscando una explicación a esta difusión de una obra inédita en nuestro idioma, debemos encontrarla en la tarea de divulgación que otros hicieron, en especial Luis Recasens Siches, que haciendo suya la teoría, la divulgó amplia y extensamente en todo nuestro continente, a través de multitud de libros, ensayos y artículos, reforzados por sus intervenciones personales en conferencias y visitas que durante más de veinte años realizó a diversas universidades hispanoamericanas. En la misma América Latina debe verse otra explicación a esta difusión en la tarea que desde la Argentina —centro neurálgico de la cul-

tura jurídica de nuestra área— hacían dos consagrados teóricos del derecho; el más notable Carlos Cossío, para combatirla desde su peculiar perspectiva egológica, y por otro lado, Werner Goldschmidt, levantando contra el tridimensionalismo jurídico, lo que él denominó “teoría trialista del derecho” y que hacía descender nada menos que de Hermann Kantorovitz, a principios de este siglo. Por otro lado, una mente tan lúcida como Luis Legaz Lacambra desde España, se dedicó a comentar y exponer las teorías de Reale, lo que hizo que con el tiempo fuese España la que iniciase la traducción de sus obras, (2) (3).

El punto de partida de Reale es el hecho que el hombre, ser social e histórico por excelencia, se mueve dentro de una realidad concreta, históricocultural, de la cual dimana una urdimbre que puede denominarse “experiencia social”, que tiene varias expresiones. Una de ellas es la denominada “experiencia jurídica”, y que ha sido objeto de amplios desarrollos por parte de su autor, en cuyos detalles aquí no entramos. Esta experiencia es jurídica en tanto y en cuanto existe una bilateralidad-atributiva; esto es, presencia de dos o más personas, en donde surgen mutuas obligaciones para las partes, y llegado el caso, de carácter impositivo. Esta bilateralidad se mueve dentro de un supuesto fundamental que tiene una triple dimensión: hecho, valor, norma. Hecho, por cuanto que el hombre, como ser social, está inmerso en una realidad de hombres, relaciones y cosas; valor, por cuanto las acciones humanas, y el hombre mismo, tienen aspiraciones que se consideran valiosas; normas, por cuanto ambas deben estar condicionadas por reglas o pautas con carácter imperativo-atributivo. Esta triple dimensión (hecho, valor, norma) nos da el complejo fáctico-axiológico-normativo, que constituye una realidad única e indesligable; y todo análisis de esos elementos no pueden hacerse prescindiendo de los demás, pues ésto conduce a la mutilación de la experiencia jurídica. Por lo mismo que dichos tres elementos se encuentran en tan estrecha como indisoluble relación, esta tiene el rasgo polaridad-implicación; es decir, son extremos que se atraen y anidan dialécticamente, como unidad de **procesus**. Esta es, para decirlo en pocas palabras, la experiencia jurídica, que es parte de una mayor que denominamos experiencia social, y en virtud de la cual, según las mismas palabras de Reale, la norma deja de ser un juicio lógico y pasa a ser un momento de la integración fáctico axiológica.

Avanzando en su desarrollo, Reale sostiene que este tridimensionalismo por él propugnado no es nuevo, sino que tiene antecedentes, que en forma por demás justiciera se encarga de rescatar y ponderar. Es decir, existen precedentes que han afirmado y sostenido la presencia de estos tres elementos en la experiencia jurídica, pero que lamentablemente los han considerado como separados entre sí, y en consecuencia como parte de análisis académicos que también son independientes; lo cual, según cree Reale, conduce a una mutilación de la experiencia jurídica y del derecho mismo. La tradición pre-existente las ha considerado pues, como elementos aislados, y en el mejor de los casos yuxtapuestos. Lo que se trata ahora, sostiene Reale, es de unirlos, integrarlos, ponerlos

en su verdadero lugar y reconocer la situación de implicación-polaridad en que se encuentran, en pleno proceso dialéctico que hace que ninguno de ellos pueda ser visto o tratado en forma aislada y separada de los demás. No caben pues tres dimensiones separadas, sino estrechamente unidas, pues es la única manera como podemos evitar un desconocimiento del derecho mismo. Caso contrario, caeremos en un reduccionismo, positivista, si es que nos quedamos sólo con la norma, axiologista o jusnaturalista si rescatamos tan sólo los valores y sociologista o historicista si nos quedamos únicamente con los hechos. Se trata por el contrario de volver a la unidad primigenia, a la síntesis perdida que da sentido y realce a la experiencia jurídica, al derecho mismo. En suma, frente a sus antecesores, a quienes por lo demás Reale no regatea elogios, nos hallamos con un **normativismo jurídico abstracto**; por el contrario, lo que se trae a cuenta es el **normativismo jurídico concreto**. El primero expresa tres realidades separadas y hasta extrañas entre sí; lo segundo nos pone de lleno sobre una realidad fáctico-axiológica-normativa que tiene pleno sentido.

Frente a esta realidad, cabe un solo Derecho y nada más, y aún cuando Reale no ha sido muy preciso en este tipo de deslindes, se desprende claramente que dichas tres dimensiones de la experiencia deben ser estudiadas por una sola ciencia. En consecuencia, sólo existe una ciencia del derecho, o en todo caso, una sola con varios desdoblamientos y diferentes planos según el espectro filosófico que propone. Esto puede llevar al estudio pormenorizado de varias áreas distintas, pero entendidas sólo como partes o fases de la ciencia única del Derecho; en consecuencia tales estudios son parciales con referencia al gran todo científico. Lo más que cabría y es aceptable, es que el **acento** o el **tono** de estas disciplinas se inclinen más por una perspectiva que por otra (así al estudiar los hechos, el acento será más sociológico que normativo), pero a la larga el contenido esencial será uno y tridimensional. Yendo más lejos, Reale afirma que no sólo la experiencia jurídica es tripartita, sino que la ciencia misma del derecho es de por sí tridimensional; ésto es, que la misma norma tiene tres dimensiones. Así, toda norma tiene un supuesto de **hecho**, ella misma es una **norma** que encauza conductas y por lo demás, encierra determinados **valores** que le ha puesto el legislador. En consecuencia, la norma por ej., un artículo del Código Civil, es irremediablemente tridimensional, pues encierra hechos, normas y valores.

Indudablemente que en el estrecho marco de una ponencia no se puede agotar toda una problemática como la planteada por la teoría tridimensional del derecho, pero creemos que con lo expuesto hemos dado las ideas fundamentales que la animan. Intentemos en consecuencia hacer algunas apostillas críticas y nuestros propios comentarios a dicha teoría.

El punto clave de la teoría de Reale es que el derecho como ciencia (teoría del derecho, teoría jurídica, ciencia jurídica, ciencia normativa, o como quiera que se le llame) es tridimensional. Creemos que este punto de vista no resiste el menor análisis. Toda investigación debe buscar consistencia, independencia y completitud, y ello está ausente de tridimensionalismo. Toda concepción debe buscar un objeto, que

sea aislable para fines de estudio, al cual por lo demás se le debe aplicar un método acorde con el objeto. La norma es una entidad formal, y en consecuencia ajena a los hechos (los que en todo caso son sus **supuestos**, que es algo distinto) y a los valores (que son los fines que le puso el legislador, y que pueden incluso variar por la época y por la interpretación judicial) e independiente a su real vigencia o eficacia (que depende por lo demás de la conducta social). Decir que la norma contiene hechos porque los supone o porque a ellos está destinada, es desnaturalizar la norma, pues en cuanto tal puede no tener ninguna relación con los hechos. Agregar que la vigencia o eficacia es parte del derecho es confundir planos, pues la eficacia es el complemento del derecho o la condición de su vigencia, más no parte integrante de la norma. Si bien estas tres dimensiones se encuentran unidas en el mundo de la realidad (y es gran mérito de Reale haberlo señalado) ello no significa que en el mundo de la doctrina, de la labor creadora, de la constitución de ciencias o disciplinas académicas, deben unirse cosas que no son afines. Con tal criterio, bien podría incluirse en el derecho todos los hechos biológicos o psicológicos que también condicionan la conducta del hombre, y si vamos más lejos en nuestras pretensiones, reduciendo al absurdo la teoría, no tendríamos más remedio que remontarnos a los griegos para elaborar una nueva **scientia omnibus** al mejor estilo platónico o aristotélico, olvidando que precisamente el avance de la ciencia, y en cierto sentido del conocimiento en general, fue posible precisamente por la independización de los saberes, y más aún, cuando se constituyen disciplinas independientes para su estudio, como sucedió en el siglo XIX con el derecho, la historia, y en general las disciplinas sociales. El derecho existió siempre como conjunto de normas, pero sólo cuando se aisló en la civilización romana, pudo distinguirse de la moral y de la religión, y sólo cuando en el siglo XIX se hizo objeto de estudio con análisis, método y objeto propios, se convirtió en disciplina autónoma. La tendencia tridimensional nos haría pues remontar el curso de la historia...

Si la crítica antes expuesta la aplicamos al mismo Reale y analizamos su vasta obra, podemos apreciar que salvo los análisis teóricos que realiza aquí y allá, toda su obra se afilia dentro de una concepción normativa, como claramente la apreciamos al leer su obra fundamental, la **Filosofía do Direito**. Es decir, por encima de asertos, enunciados y afirmaciones tridimensionales, al fin y al cabo, la labor se realiza siempre a nivel normativo. Tampoco los discípulos, hasta donde alcanzan nuestras informaciones, han realizado tal obra o investigación síntesis. Estudiar hoy en día tan sólo los **hechos**, ayudados por la amplia literatura y metodología sociológica, nos dejaría impotentes para completarlo con lo normativo, y no vemos en dónde cabría tal tarea, por lo menos si ambas las consideramos en igualdad de planos. Es cierto que pueden hacerse análisis o estudios con varias perspectivas, pero siempre en toda investigación hay un hilo conductor, un punto de vista dominante que es precisamente lo que distingue la investigación científica del diletantismo.

Lo importante de la teoría tridimensional del de-

recho es haber rescatado las tres facetas o momentos por donde discurre la experiencia jurídica, haber sorteado el peligro del positivismo que campeó durante un buen tiempo en la filosofía del derecho, y sobre todo haber abierto otras alternativas, frente al fetichismo de la ley, de tantos estragos en los regímenes totalitarios del período de entre guerras. Pero siendo importante la concepción tridimensional, en cuanto descripción de la **experiencia jurídica**, deviene inadecuada y deformante en cuanto pretende convertirse en ciencia del derecho (o ciencia jurídica, ciencia normativa, etc.), a la que no alcanza a explicar ni comprender. Es decir, se ha dado un inmenso salto, tanto epistémico como metodológico, al querer cubrir tres realidades; la primera fáctica, la segunda (valga el término) normativa, y axiológica la tercera. Para cubrir el hiato existente entre ellas, no cabe más remedio que recurrir a los estudios interdisciplinarios, o introducir en nuestros análisis la interdisciplinariedad, tal como lo ha mostrado Piaget en numerosas oportunidades. De esta suerte, el tridimensionalismo (aceptado o rechazado en bloque, por seguidores o adversarios) queda redimensionado, o mejor dicho replanteado: tridimensionalidad en la experiencia jurídica (fáctica-axiológica-normativa) y normativismo en el quehacer académico, con la colaboración de otras disciplinas que enriquecen la perspectiva del jurista (disciplinas ajenas, con método y objetos propios) (4).

En nuestra opinión el error en el que cae el tridimensionalismo, tal como ha sido defendido por su fundador, consiste en una inadecuada perspectiva epistemológica, y sobre todo en un desconocimiento de los modernos instrumentos metodológicos, tanto en el derecho como en las ciencias sociales. En la actualidad, si bien el tridimensionalismo sigue siendo muy difundido y aceptado, está cediendo el paso a nuevas concepciones más rigurosas, basadas en enfoques de corte analítico como puede verse en los trabajos de algunas de las principales figuras de la reciente filosofía jurídica latinoamericana (G. Carrión, Alchourrón, Bulygin, Nino, etc.).

Intentando un replanteamiento general sobre la problemática jurídica, que recogiendo el pasado lo adecue a las actuales inquietudes, tenemos el esquema siguiente:

- 1) Experiencia jurídica:
  - hecho
  - valor
  - norma

Experiencia jurídica como contorno socio-cultural; esto es, mundo circundante, relación hombre-sociedad.
- 2) Disciplina o teoría normativa que se encarga de estudiar la norma, como factor clave del derecho.
  - a) Teoría del Derecho
    - General: problemas, sujetos, personas, fuentes, etc.
    - Especial: distintas ramas del derecho (civil, penal, comercial, etc.).
  - b) Filosofía del Derecho
    - Reflexión filosófica sobre el derecho: justicia, valores, etc.

A un costado quedarían por ubicar aquellas disciplinas propiamente metodológicas (semántica jurídica, lógica jurídica, etc.) y las que sólo por comodidad pueden denominarse auxiliares (historia del derecho, sociología jurídica, antropología jurídica, etc.).

Incidiendo propiamente en lo normativo, nos centramos en lo jurídico en sentido estricto, esto es, en la norma. Pero surge la pregunta ¿qué es la norma y cuál es su estructura? (Teoría del Derecho), ¿cuáles son los fines y los valores del Derecho? (Filosofía del Derecho). Estos dos son los problemas fundamentales que se encuentran en el centro del debate (5).

- 
- (1) Miguel Reale nace en São Bento de Sapuca (Estado de São Paulo, Brasil) el 6 de noviembre de 1910. Lieniado en Derecho (1934), Doctor en Derecho (1941), inició su carrera docente como profesor de Filosofía del Derecho este último año, en la que se desempeñó hasta su jubilación en 1980. Ha sido elegido hasta en dos oportunidades Rector de la Universidad de São Paulo (1949 y 1969). Fundó en 1949 el "Instituto Brasileiro de Filosofía" y luego su órgano de expresión "Revista Brasileira de Filosofía", y ha asistido a numerosos certámenes internacionales y dictado cursillos y conferencias en su país y en el extranjero. Ostenta además diversas distinciones honoríficas y académicas.
- (2) En nuestro medio cupo esta difusión a Carlos Fernández Sessarego, quien desde 1950 adelantó una concepción tridimensional en su tesis intitulada **Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho**, aún cuando con fuerte influencia egológica. Posteriormente en 1953, José León Barandiarán incidió sobre lo mismo (cf. **El movimiento jurídico europeo**, Revista del Foro, número 2, 1953) ambos en forma independiente a la contribución de Reale.
- (3) Los principales trabajos de Reale —que citamos sólo por su primera edición— son los siguientes:
- **Fundamentos do Direito** (1940)
  - **Teoria do Direito e do Estado** (1940)
  - **Filosofia do Direito** (1953)
  - **Horizontes do Direito e da Historia** (1956)
  - **Teoria tridimensional do Direito** (1968)
  - **O Direito como Experiencia** (1968)
  - **Lições Preliminares do Direito** (1975)
  - **Experiencia e Cultura** (1977).

Como queda dicho, la teoría tridimensional del Derecho sólo fue elaborada en forma orgánica en 1953, en su **Filosofia do Direito**, y tal apartado de dicha obra, de la cual se han hecho sucesivas ediciones, sigue siendo la mejor exposición de conjunto de la teoría.

Al castellano conocemos las traducciones siguientes:

- **Teoria tridimensional del Derecho**, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Santiago de Compostela, 1973.
- **Fundamentos del Derecho**, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976.
- **Introducción al Derecho**, Edic. Pirámide, Madrid, 1977.
- **Filosofía del Derecho**, Edic. Pirámide, Madrid, 1978. (Sólo el Tomo I; el Tomo II que contiene la exposición del tridimensionalismo, todavía no ha sido publicado).

Un puntual resumen del tridimensionalismo, cf. Luis Recasens Siches, **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**, Edit. Porrúa, México 1963, tomo I, pp. 553-567.

- (4) No conocemos que con anterioridad se haya efectuado al tridimensionalismo una crítica como la que aquí hemos expuesto. Sebastián Soler y Norberto Bobbio, en diversas épocas y circunstancias, han tenido algunos atisbos coincidentes, pero que no han llegado a desarrollar ni completar posteriormente. Un avance de lo que aquí hemos expuesto, cf. nuestro trabajo **Conocimiento y Derecho**, Lima 1982.
- (5) Para un panorama sucinto de la problemática, cf. Georges Kalinovski **Disputa sulla scienza normativa**, CEDAM, Padova 1982 y W. Friedmann **Legal Theory**, Stevens & Sons, London 1967.

# “Solución al problema de la doble tributación en el caso de las Empresas Multinacionales Andinas”

**Luis Hernández Berenguel**

Catedrático de Derecho Tributario de la PUCP.

La Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó el Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y aprobó también el Convenio Tipo para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión. En el Perú, por el Decreto Ley 19535 de 19 de setiembre de 1972 se aprobó dicha Decisión.

Como se sabe, el Derecho Tributario pretende evitar la doble tributación o múltiple tributación. Este fenómeno puede existir a nivel interno en un país, cuando existen varios poderes impositivos, o a nivel internacional.

La doble o múltiple tributación a nivel nacional existe cuando en un mismo país hay dos o más poderes impositivos. Tal situación se presenta, por ejemplo, en los países que están organizados federativamente, de forma tal que existe el Gobierno Central con poder para crear tributos y cada Estado a su vez tiene su Gobierno Local con el mismo poder para crear tributos. El ejercicio de ambos poderes impositivos hace que muchas veces las personas se vean enfrentadas a este fenómeno de doble o múltiple tributación.

Igualmente ocurre a nivel internacional, fundamentalmente por los diversos criterios atributivos que cada país escoge en su legislación positiva de carácter tributario. Así por ejemplo, puede darse el caso de una persona natural de determinada nacionalidad, que esté obligada a pagar el impuesto a la renta en su país de nacimiento, donde quiera que tal persona se encuentre o cualquiera que sea el lugar donde obtenga sus rentas. Empero, podría ocurrir que esa persona además tenga que tributar, suponiendo que esté trabajando en el extranjero, en el país en el cual está desarrollando sus actividades. En el país de origen de dicha persona se estaría adoptando como criterio atributivo el de la nacionalidad. En cambio, en el país donde la persona desarrolla sus actividades se estaría adoptando como criterio atributivo el del domicilio. Esto determinaría que la referida persona se vea enfrentada a un problema de doble tributación internacional.

En definitiva, para un grueso sector de la doctrina tributaria el fenómeno de doble o múltiple tributación internacional, que en este caso es el que nos interesa, se genera cuando un mismo sujeto pasivo, al mismo tiempo, sobre el mismo objeto, se ve enfrentado a la obligación de pagar dos o más tributos de la misma naturaleza a favor de dos o más poderes impositivos representados por Gobiernos de diferentes países.

La Decisión 40 evita el problema de la doble o múltiple tributación internacional entre los Países Miembros del Pacto Andino, en lo que se refiere a dos tributos fundamentales, cuales son el impuesto a la renta y el impuesto al patrimonio empresarial. Unicamente dicha Decisión se aplica a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros. Cuando se habla de personas, se alude no solamente a las personas físicas o naturales y a las personas morales o jurídicas, sino tambien a cualquier otra entidad o grupo de personas, asociadas o no, sujetas a responsabilidad tributaria.

La Decisión 40 adopta como criterio general que el impuesto a la renta y el impuesto al patrimonio empresarial únicamente se apliquen en el territorio donde se encuentra la fuente productora de la renta, tratándose del primero de los impuestos mencionados, o donde se encuentren los bienes, tratándose del segundo de dichos impuestos. Se admiten sin embargo algunas excepciones que en el caso del impuesto a la renta básicamente están referidas:

- ) A los beneficios que obtengan las empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial, que sólo estarán sujetas a obligación tributaria en el País Miembro en que dichas empresas estuvieran domiciliadas.
- ) A las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de naves, aeronaves, autobuses y otros vehículos de transporte, caso en el cual dichas ganancias serán gravadas por el País Miembro en el cual estuvieron registrados los bienes al momento de la enajenación.

–) A las ganancias de capital derivadas de la enajenación de títulos, acciones y otros valores, caso en el cual dichas ganancias se gravan en el País Miembro en cuyo territorio tales documentos se hubieren emitido.

–) A las rentas provenientes de prestación de servicios personales efectuadas por personas que actúan en un País Miembro, en ejercicio de funciones oficiales debidamente acreditadas, caso en el cual dichas rentas sólo son gravadas por ese país, aunque los servicios se presten dentro del territorio de otro País Miembro.

–) A las rentas provenientes de prestación de servicios personales que correspondan a las tripulaciones de naves, aeronaves, autobuses y otros vehículos de transporte que realizan tráfico internacional, caso en el cual las rentas serán gravadas por el País Miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el empleador.

En lo que se refiere al impuesto al patrimonio empresarial, en que como ya se ha dicho la Decisión 40 establece que el patrimonio situado en el territorio de cada País Miembro será gravado únicamente por este país, se admiten las siguientes dos excepciones:

–) Las aeronaves, navíos, autobuses y otros vehículos de transporte y los bienes muebles utilizados en su operación se entiende que están situados en el País Miembro en el cual se halle registrada la propiedad, adoptándose aquí una ficción legal en virtud de la cual se prescinde del hecho real de su ubicación física.

–) Los créditos, acciones y otros valores mobiliarios se entienden situados en el País Miembro en que tiene su domicilio el deudor, si se trata de una obligación, o la empresa emisora en su caso, si se trata por ejemplo de acciones, adoptándose también la ficción legal de prescindir de la ubicación física real de tales bienes.

Como se sabe, en el Perú la Decisión 40 ha entrado en vigencia desde el ejercicio gravable 1981. Así lo ha reconocido expresamente la Dirección General de Contribuciones, que en el Perú es el órgano administrador de los dos únicos tributos a que se refiere dicha Decisión, cuales son el impuesto a la renta y el impuesto al patrimonio empresarial.

Ahora bien, la Decisión 169 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena legisla sobre las Empresas Multinacionales Andinas, estableciendo su objeto y alcances. En el Perú tal Decisión fue aprobada por el Decreto Supremo No. 020-82-ITI/IG de 21 de mayo de 1982. Las Empresas Multinacionales Andinas tienen que tener como domicilio principal, uno que esté situado en el territorio de uno de los Países Miembros. No solamente pueden haber inversionistas nacionales de dos o más Países Miembros en dichas Empresas Multinacionales Andinas, sino que también pueden existir, aún cuando con limitaciones en cuanto al porcentaje respecto de su capital, inversionistas extranjeros. De otro lado, las Empresas Multina-

cionales Andinas deben constituirse como sociedades anónimas, sujetándose al procedimiento previsto en la legislación nacional del país en que se domicilie. Existen, por otra parte, incentivos de los que gozan las Empresas Multinacionales Andinas.

El objeto de este artículo que me ha sido solicitado, es incidir en aquellos aspectos tributarios que afectan a las Empresas Multinacionales Andinas y que están vinculadas a su vez con las normas contenidas en la Decisión 40. En este sentido, únicamente interesa analizar la norma contenida en el artículo 26 de la Decisión 169 que a la letra dice:

**“Artículo 26.—** Con el fin de evitar situaciones de doble tributación, no se gravará con impuesto a la renta o a las remesas:

- a) En el País Miembro del domicilio principal de la empresa multinacional andina: la parte de los dividendos por ella distribuída y correspondiente a utilidades previamente gravadas en el País Miembro de domicilio de la sucursal, así como la renta proveniente de la redistribución de dicha parte de los dividendos efectuada por empresas inversionistas en el mismo país.
- b) En los demás Países Miembros: la renta proveniente de la redistribución de dividendos previamente gravados que perciben sus empresas inversionistas de una empresa multinacional andina.

Para tales efectos se tendrá en cuenta la legislación nacional y en ningún caso generará situaciones discriminatorias para las empresas nacionales colocadas en situación similar”.

#### **PRINCIPALES CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA COMPLEMENTACION ENTRE EL ARTICULO 26 DE LA DECISION 169 Y LAS NORMAS DE LA DECISION 40**

Este enfoque será realizado en función de la existencia de una Empresa Multinacional Andina con domicilio en el Perú, con inversionistas nacionales (peruanos) y con inversionistas de otros Países Miembros del Pacto Andino.

1) Si la Empresa Multinacional Andina a que nos estamos refiriendo **no tiene sucursales** establecidas en otros Países Miembros, la totalidad de las utilidades que obtenga estarán afectas al impuesto a la renta en el Perú, de acuerdo a las normas contenidas en la Decisión 40 que gravan en función de la legislación aplicable en el territorio donde está la fuente productora de la renta. En este caso, la fuente productora de la renta tiene su ubicación en el territorio del Perú, porque sería allí donde la Empresa Multinacional Andina realizaría sus actividades.

Dentro de esta misma hipótesis, si la Empresa Multinacional Andina decide distribuir sus utilidades entre sus propios accionistas, el dividendo quedará gravado en el Perú con el impuesto a la renta que se viene aplicando, en lo que se refiere a personas

no domiciliadas, con la tasa del 40 o/o y que a mérito de la modificación establecida por el reciente Decreto Legislativo No. 298 se aplicará con la tasa del 30 o/o a partir del 1o. de enero de 1985.

Esto será así, también en aplicación de las normas de la Decisión 40 que establecen que los dividendos y participaciones sólo serán gravables por el País Miembro donde la empresa que los distribuye estuviera domiciliada. En consecuencia, los dividendos que reciben los inversionistas de otros Países Miembros no tributarán en dichos Países.

2) Si la Empresa Multinacional Andina a que nos estamos refiriendo **tiene sucursales** establecidas en otros Píses Miembros, se producirán las siguientes consecuencias:

a) En aplicación de las normas de la Decisión 40, las utilidades que obtenga cada sucursal quedarán gravadas con el impuesto a la renta que se aplique en el País Miembro de domicilio de la sucursal. Estas utilidades engorzarán las que obtenga en el Perú la Empresa Multinacional Andina. Empero, en el Perú dicha Empresa Multinacional Andina no pagará el impuesto a la renta sobre sus utilidades acumuladas, en las que ya se ha incluido las provenientes de sus sucursales, sino que lo hará exclusivamente previa deducción de las utilidades que fueron recibidas de cada una de sus sucursales.

Esta consecuencia será la misma aún cuando en el País Miembro de domicilio de cada sucursal no se aplique el impuesto a la renta sobre las utilidades de dicha sucursal.

Dentro de este mismo orden de ideas, una vez que la Empresa Multinacional Andina haya pagado en el Perú el impuesto a la renta sobre su utilidad acumulada previa deducción de la utilidad recibida de sus sucursales, la distribución de dividendos sólo estará gravada en el Perú en la parte en que el dividendo no proviene de la utilidad recibida de las sucursales. En la medida en que la Empresa Multinacional Andina distribuya dividendos que íntegramente están conformados por las utilidades recibidas de sus sucursales, no habrá impuesto a la renta aplicable en virtud de la norma especial contenida en el inciso a) del artículo 26 de la Decisión 169. En nuestro concepto, de acuerdo con la legislación peruana del impuesto a la renta, se debe reputar que las primeras utilidades que la Empresa Multinacional Andina redistribuye, son las que provienen de las sucursales domiciliadas en otros Países Miembros.

b) Una vez que los inversionistas nacionales han recibido dividendos de la Empresa Multinacional Andina, si es que tales dividendos provienen de las utilidades que generaron las sucursales de la Empresa Multinacional Andina, tales inversiones podrán a su vez redistribuir los di-

videndos sin que se les aplique impuesto a la renta alguno, en virtud de lo establecido en la parte final del inciso a) del artículo 26 de la Decisión 169.

- c) Todos los dividendos que un inversionista de un País Miembro distinto al Perú reciba de la Empresa Multinacional Andina, sin excepción alguna, no estarán afectos en dicho País Miembro, por la norma contenida en el inciso b) del artículo 26 de la Decisión 169.
- d) Resulta evidente que para que todas las consecuencias anteriormente expuestas resulten indiscutibles, la Empresa Multinacional Andina tendrá que otorgar certificados a sus accionistas, cuando se produzca la distribución de dividendos, a fin de determinar claramente en ellos los elementos necesarios para que las consecuencias antes anotadas puedan ser aplicadas sin que quepa discusión respecto de los órganos administradores de tributos de los Países Miembros. Igualmente, cuando la Empresa Multinacional Andina tiene sucursales en otros Países, la recepción de las utilidades de cada sucursal deberá estar acreditada con certificados igualmente fehacientes.
- e) La última parte del artículo 26 de la Decisión 169 no solamente señala que deberá tenerse en cuenta la legislación nacional, sino que "en ningún caso generará situaciones discriminatorias para las empresas nacionales colocadas en situación similar".

Caben aquí diversas interpretaciones, lo que ameritaría una precisión, a nivel nacional cuando menos, de la norma pertinente. Nosotros nos inclinamos por la interpretación en virtud de la cual deberá aplicarse a una empresa nacional, que no está constituida como Empresa Multinacional Andina, sólo a nivel de legislación nacional, normas que no las pongan en desventaja.

12 de noviembre de 1984.

# “Adelanto de beneficios sociales con efecto cancelatorio”

**Víctor Ferro Delgado**

Catedrático de Derecho Individual del Trabajo de la PUCP.

La posibilidad de conceder adelantos de beneficios sociales con efecto cancelatorio está prevista por el artículo 4o. de la Ley No. 23707 y artículo 8o. de su reglamento, Decreto Supremo No. 013-84-TR de 12 de abril de 1984.

La primera de las disposiciones citadas establece que los trabajadores que por convenio colectivo **hubiesen pactado** el cobro anticipado del importe de la compensación por tiempo de servicios, o recibido adelantos de sueldos o cualquier otro tipo de préstamo con cargo a las citadas compensaciones, podrán optar, excluyentemente, entre percibir la compensación por tiempo de servicios al término de la relación laboral; o cobrar los mayores beneficios resultantes de la aplicación de los nuevos topes indemnizatorios antes del término de la relación laboral, en cuyo caso el pago tendrá efecto cancelatorio.

Cabe destacar que el acotado artículo 4o. estaría partiendo del supuesto de la pre-existencia de un convenio colectivo a la dación de la Ley No. 23707, conforme al cual los trabajadores hubieran percibido anticipadamente su compensación por tiempo de servicios o adelantos de sueldos o préstamos con cargo a dichas compensaciones. Debemos, pues, dilucidar si, contrario sensu, en caso que no exista tal convenio colectivo, tendrían o no carácter cancelatorio los adelantos de beneficios sociales que el empleador pueda otorgar, así este adelanto esté calculado en base a los nuevos topes indemnizatorios.

Podría considerarse que la ratio legis de la prevención que efectúa la ley sobre la pre-existencia de un convenio colectivo como el indicado, a la fecha de dación de la Ley No. 23707, está basada en razones de equidad. En efecto, el cumplimiento de tales convenios colectivos, con sujeción a los nuevos topes indemnizatorios, podría devenir en sumamente gravoso para el empleador, si es que ello no estuviera compensado con el hecho que el préstamo o adelanto a concederse tuviera carácter cancelatorio respecto de la liquidación por tiempo de servicios.

Dicho en otros términos, la norma habría contemplado el caso del empleador que a la dación de la ley

ya se encontraba comprometido –por convenio colectivo– al pago anticipado del importe de la compensación por tiempo de servicios, o que en virtud de obligaciones del mismo origen había entregado adelantos de sueldos o cualquier otro tipo de préstamos con cargo a dicha compensación. Por ello al incrementarse la tasa máxima indemnizatoria a diez sueldos mínimos vitales (S/. 720,000.00 a la fecha) el convenio colectivo en cuestión pasaba a representar una obligación de importante significación, por cuanto el tope de referencia estaba sufriendo un incremento de 1,200 o/o respecto de la cifra que hasta ese momento representaba el tope máximo indemnizatorio (S/. 60,000.00). A modo de ejemplo, podríamos referir el caso del convenio colectivo conforme al cual una empresa debía otorgar un anticipo de la compensación por tiempo de servicios equivalente a dos sueldos, pero con el tope de la reserva indemnizatoria. En términos generales, dicha cantidad resultaba escasa significación por lo exiguo de los topes indemnizatorios anteriormente vigentes. Al modificarse estos topes la obligación del empleador pasó a convertirse en una de carácter mucho más oneroso. Es en atención a situaciones de esta índole que el legislador habría establecido que, si en cumplimiento de su pactación colectiva pre-existente, la empresa debía otorgar adelantos de sueldos con cargo a la compensación por tiempo de servicios calculada con sujeción a los nuevos topes, el trabajador podría optar por exigir el cumplimiento de tal convenio pero ateniéndose a que el pago que reciba implicaría la liquidación con efecto cancelatorio de una determinada porción de su tiempo de servicios.

De ahí que no resultaría procedente considerar que en la actualidad se pueda otorgar adelantos de beneficios sociales con efecto cancelatorio si es que el empleador no se encontraba previamente obligado a otorgar tales adelantos en cumplimiento de un convenio colectivo pre-existente a la ley. En efecto, el empleador que en la actualidad pacte el otorgamiento de adelantos de beneficios sociales, o préstamos con cargo a la compensación por tiempo de servicios, co-

noce a ciencia cierta cuáles son los nuevos topes indemnizatorios, por lo que si conviene en otorgarlos lo hace con conocimiento pleno del monto sobre el cual debe calcular la liquidación.

Ahora bien, el artículo 8o. del Decreto Supremo No. 013-84-TR, reglamentario de la Ley No. 23707, introduce un elemento adicional a lo que ya se encontraba previsto en la ley, al establecer que el compromiso ya aludido no sólo podía provenir del convenio colectivo sino también del convenio individual. Empero, admitir esta posibilidad implica asumir el riesgo que por interpretación jurisprudencial se estime que esta norma reglamentaria resulta inconstitucional, por cuanto contraviene lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 211o. de la Constitución, que señala como atribución y obligación del Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin trasgredirlas, y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

En efecto, la Ley No. 23707 se había limitado a considerar a los convenios colectivos como aquéllos que podían originar que los adelantos o préstamos a concederse en cumplimiento de los mismos, tengan efecto cancelatorio.

Sin embargo, al margen de la procedencia legal de la adición que efectúa la norma reglamentaria respecto a los convenios individuales, cabe señalar que en ambos supuestos tales convenios deben resultar pre-existentes a la dación de la Ley No. 23707. Cabe acotar, a su vez, que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1o. de la Resolución Suprema de fecha 27 de octubre de 1936, todo convenio individual debe contar con la aprobación del Ministerio de Trabajo para su validez, de lo que se infiere que la fecha cierta del convenio individual estaría dada por la resolución de aprobación del Ministerio de Trabajo, expedida con fecha anterior a la dación de la Ley No. 23707.

De otro lado, debemos referirnos a la norma prevista en el artículo 10o. del Decreto Supremo No. 013-84-TR, ya citado. Mediante este dispositivo se exceptuó de los alcances previstos por los artículos 8o. y 9o. de este mismo Decreto los adelantos o préstamos que solicite el empleado, para ser cancelados con o sin intereses en un plazo no mayor de un año. Exceptúa, a su vez, los adelantos para fines de vivienda a que se refiere el artículo 5o. de la Ley No. 23707.

Hay quienes estiman que esta norma, al referirse a "adelantos o préstamos que solicite el empleado" está previniendo la posibilidad que ello corresponda a acciones futuras, y que, en consecuencia, el convenio individual podría ser celebrado en la actualidad, no siendo por tanto requisito su pre-existencia a la fecha de dación de la Ley No. 23707.

Esta interpretación se nos presenta equívoca. En primer término la norma glosada peca de oscuridad por cuanto de una primera lectura podría inferirse que sí tendrían carácter cancelatorio los préstamos o adelantos que solicite el empleado para ser cancelados en un plazo mayor de un año, lo cual nos llevaría al despropósito de concluir que no obstante que el empleador esté obteniendo la devolución de aquéllo que otorgó, pueda además exigir que quede afectada con carácter cancelatorio una porción de los beneficios sociales, no obstante que el importe que ade-

lantó o prestó ya le ha sido reintegrado. Semejante conclusión no resiste el menor análisis y atenta contra el principio de lógica que debe primar en la interpretación de la ley, por lo que la norma debe ser interpretada desde una perspectiva distinta.

Para este efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 10o. en referencia ha creado un régimen de excepción al efecto cancelatorio previsto en los artículos 8o. y 9o. del mismo Decreto Supremo. La primera de estas normas había establecido que aquellos trabajadores que hubieren pactado el cobro anticipado del importe de la compensación por tiempo de servicios o recibido adelanto de sueldo o cualquier otro tipo de préstamos a que se refiere el inciso a) del artículo 4o. de la Ley No. 23707, en cuyo caso éstos (préstamos o adelantos) tendrán efecto cancelatorio, y el empleado quedará liberado del pago de las amortizaciones correspondientes. El artículo 9o. se limita a precisar que el monto a otorgarse por concepto de tales préstamos o adelantos con cargo al íntegro o parte de la compensación por tiempo de servicios, deberán ser solicitados por años completos de la respectiva liquidación, debiendo calcularse en base a los períodos de servicio más antiguos, reiterándose que estos préstamos o adelantos a ser otorgados tendrán efecto cancelatorio.

En consecuencia, el artículo 10o. en cuestión debe interpretarse en el sentido que, cuando los préstamos o adelantos que solicite el empleado con cargo a la citada compensación deban ser reintegrados en un plazo no mayor a un año, subsiste la obligación de reintegro en la forma que esté acordada y, por tanto, el otorgamiento de estos préstamos no tendrá efecto cancelatorio respecto a la liquidación por tiempo de servicios. Contrario sensu, si el préstamo o adelanto debiera ser reintegrado en un plazo mayor de un año, el empleado quedará liberado de esta obligación de reintegro asumiendo la consecuencia que el adelanto que perciba afectará un determinado período de su liquidación por tiempo de servicios con efecto cancelatorio, en aplicación de la disposición a que se refiere el artículo 8o. ya citado en concordancia con lo que ya había previsto el inciso a) del artículo 4o. de la Ley No. 23707.

Así las cosas, no cabría considerar que el artículo 10o. está regulando adelantos o préstamos futuros que solicite el empleado, que no guarden el necesario correlato de estar basados en un convenio colectivo previo a la vigencia de la Ley No. 23707. Por el contrario, esta disposición se limita a establecer un caso de excepción al efecto cancelatorio que acarrea la aplicación de tales convenios colectivos, esto es, aquellos pre-existentes a la dación de la ley, conforme a los cuales el empleador se encontraba obligado al otorgamiento de préstamos o adelantos con cargo a la compensación por tiempo de servicios. Lo expuesto, pues, nos confirma que resulta necesario que el empleador haya celebrado un convenio colectivo previo a la dación de la Ley No. 23707 en los términos que hemos precisado, para que se encuentre amparado para otorgar adelantos de beneficios sociales con efecto cancelatorio.

Cabe referirse, brevemente, a la disposición contenida en el artículo 11o. de este mismo decreto supremo. La norma en mención dispone que "no se



considerarán con cargo a la compensación por tiempo de servicios, y consecuentemente no tendrán el efecto cancelatorio a que se refiere el inciso a) del artículo 4o. de la Ley No. 23707, los adelantos liberados o no del pago de intereses, que otorguen los empleadores a sus empleados sujetos al régimen laboral de la actividad privada, ingresados con posterioridad al 11 de julio de 1962, que se concedan en los casos previstos en sus convenios colectivos, para ser amortizados de acuerdo a porcentajes establecidos por pactos o disposiciones, siempre que el importe total de los adelantos adeudados no exceda al equivalente de dos sueldos mensuales del solicitante”.

Esta disposición resulta de naturaleza similar a la que informa el artículo 10o. ya comentado. En rigor, el artículo 11o. se limita a precisar que tampoco tendrán efecto cancelatorio los adelantos que el empleador otorgue en cumplimiento de un convenio colectivo, en la medida que el importe del total de adelantos adeudados no excedan de dos sueldos. Contrario sensu, si el adelanto excediera de dos sueldos, éste tendría efecto cancelatorio respecto de una determinada porción de los beneficios sociales. Así las cosas, el trabajador tendría que optar entre exigir el cumplimiento de tal convenio pero ateniéndose al efecto cancelatorio que ello implicaría. Por su parte, el empleador tendría que indicar con precisión al momento de conceder el adelanto mayor a dos sueldos, que no habrá obligación de reintegro por parte del servidor, además de la porción de los beneficios sociales que se estaría entregando con efecto cancelatorio.

Hechas estas precisiones pasamos a ocuparnos de aquellos servidores que ingresaron a prestar servicios en calidad de obreros antes del 11 de julio de 1962 y variaron posteriormente su condición a la de empleados, con prescindencia al hecho de si fueron o no liquidados al momento del cambio de condición.

En base a este supuesto debemos precisar que aún en el caso en que el empleador cuente con el convenio colectivo al que nos hemos referido en las líneas precedentes, los trabajadores en mención no podrán acogerse al mismo por cuanto a ellos no les resulta aplicable lo dispuesto por la Ley No. 23707. En efecto, esta ley se limita a regular el caso de aquellos servidores empleados a los cuales resultan de aplicación los topes indemnizatorios. En el caso de estos trabajadores existe cierto consenso en la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo, en el sentido que los topes indemnizatorios no les resultan aplicables, en razón que su ingreso a la empresa se produjo antes del 11 de julio de 1962, vale decir antes de la vigencia de las disposiciones que establecieron tales topes indemnizatorios.

Así las cosas si a estos trabajadores no le resultan de aplicación los topes indemnizatorios, tampoco les resulta aplicable la Ley No. 23707, que precisamente regula la aplicación de los nuevos topes indemnizatorios. En tal virtud no existe disposición legal que prevea la posibilidad que el empleador pueda otorgar adelantos con efecto cancelatorio a tales servidores, y de la misma forma, al personal obrero en general.

# “La Acción de Amparo contra sentencias: ¿Una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada?”

(Primera Parte)

**Samuel B. Abad Y.**

Alumno del Sexto ciclo de la Facultad de Derecho  
de la P.U.C.

“... las garantías individuales (derechos) existen y  
protegen a los individuos por el solo hecho de estar  
consagradas por la Constitución e independiente-  
mente de las leyes reglamentarias...”.

Caso: Angel Siri  
Buenos Aires, diciembre 27 de 1957.

Ya Ingo Von Munch en 1979 en el marco de un sistema jurídico distinto al nuestro hablaba de la presencia de un fenómeno conocido en Alemania Federal como el boom del campo jurídico, se trataba del “boom de la acción de amparo”. Este fenómeno se presenta hoy en el Perú y es por eso que pretendemos analizar este tema a la luz de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia buscando aclarar conceptos que nos permitan tener una idea cabal de la materia.

## CAPITULO I: La Sentencia

### 1) Supremacía de la Constitución.

El encontrarse en un sistema jurídico en el que está vigente una Constitución marca el perfil del Estado como uno de Derecho, como un Estado Constitucional. Así Sánchez Viamonte señala que “el constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituyentes que forman el gobierno ordinario” (Sánchez Viamonte: 1957: 16). Es este sistema de supremacía constitucional el que siendo importante no es fácil mantener, por lo que estamos de acuerdo con el citado tratadista argentino al sostener que el problema del Constitucionalismo es igualmente un problema de Defensa Constitucional.

Usualmente al tratar el tema de la supremacía constitucional se ha estudiado éste más exhaustivamente en relación a los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo, así Marcial Rubio y Dale Furnish analizan la estructura del ordenamiento legislativo peruano, ubicado en primer lugar a la Constitución, luego

a las leyes, a los decretos y demás resoluciones inferiores del Ejecutivo; más no se ha analizado tanto en relación a la subordinación de los actos emanados por el órgano jurisdiccional a la Ley Fundamental. Es esto lo que pretendemos hacer, en especial la subordinación de las sentencias a la Constitución y su defensa mediante el instituto del Amparo, pues “la inconstitucionalidad no es privativa de las leyes o de las normas jurídicas que vulneran la Constitución, sino de toda actividad que no se ajusta a ella” (Bidart; 209).

### 2) La Sentencia.— Concepto

Conocido es que el acto más importante en un proceso es la sentencia con la cual el órgano que ejerce la función jurisdiccional, resuelve o decide una litis mediante “la creación de una norma jurídica individual aplicable sólo al caso juzgado” (Chichizol; 1138), pero esta creación “no la realiza el juez libremente sino que debe hacerlo moviéndose dentro del marco normativo general establecido por el derecho positivo vigente” (Loc. cit.) dentro del que debería escoger las normas aplicables al caso que lo conduzcan a la decisión que contiene su fallo. Ya la sentencia dejó de entenderse exclusivamente como un silogismo, pues hoy es considerada como un acto de la voluntad, dado que contiene “la expresión de la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o de derecho objetivo” (Alvarado: 366), por eso en la actualidad el juez-boca-de-la-ley es una figura que debe pasar al olvido.

En este orden de ideas esta creación de una norma jurídica aplicable sólo al caso concreto viene a constituirse en una obligación del juez, cuyo objeto es alcanzar la verdad sustancial o material pero que por la realidad de los hechos se limita a ser formal, la que “... no es otra verdad; más bien menos verdad, un grado de verdad inferior a la verdad pura”. (Carnelutti: 305), pero que vale como si fuese esta última. Es por este motivo que Carnelutti sostiene que el cometido del juez es en último análisis acción, su función es resolver conflictos, y así “el problema se resuelve en una

paradoja: obrar, accionar, aún cuando no se pueda juzgar"… La ley, nada menos, termina por decir al juez: equivócate pero decide". (:299), aunque como el mismo autor señala no se debe dejar de reconocer el valor práctico de este instrumento imperfecto pero necesario para la convivencia.

Ante esta situación, un poco que va surgiendo la duda ¿debe siempre presumirse que una sentencia es constitucional pese a que con ella se estén violando derechos fundamentales? Bidart considera que esto no es así, pues opina que "... las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales pueden también verse afectadas de inconstitucionalidad" (:222).

Así podemos darnos cuenta que la sentencia "... está también incardinada en la jerarquía del mundo jurídico... está imbricada en los peldaños de la pirámide jurídica... es norma nueva pero también es producto aplicativo del ordenamiento superior y antecedente" (Vanossi: 1981: 1267). Entonces debemos saber cuando este acto jurídico puede ser constitucionalmente válido.

### **3) Requisitos para que una sentencia sea constitucionalmente válida.**

Normalmente se ha considerado a estos requisitos como inmersos en los Códigos de Procedimientos y sólo garantizados por los recursos que ese cuerpo legal les concede. Quizás hasta se ha dejado de lado el análisis de la jerarquía de estas normas adjetivas al interior de la pirámide kelseniana, sólo se las ha calificado como de orden público y por tanto de estricto cumplimiento más no se ha urgido un poco su aspecto constitucional.

Todos sabemos que los derechos constitucionales referidos a la libertad, a la familia, al comercio, al trabajo, etc., gozan de un estatuto protector que no es otro que los códigos o las leyes especiales que los regulan. Más nuestros Códigos de Procedimientos ¿no tienen un sustento constitucional? ¿es que se limitan exclusivamente a regular el procedimiento para actuar normas sustantivas que sí gozan de una base de esa jerarquía?

El constitucionalismo moderno considera pilar fundamental del Estado de Derecho el llamado "principio de legalidad", de acuerdo al cual todo acto que limite la libertad jurídica del individuo debe fundarse en una ley; este principio se traduce normalmente en las Constituciones en un "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", así todas las actividades del Estado están sujetas a la ley lo que conlleva a "que los mandatos y las órdenes no sean producto de la voluntad arbitraria sino de la normatividad previamente formulada" (Bidart: 108).

Pero la mera legalidad no basta si el contenido de la ley resulta injusto, por que se llega a integrar este principio con el de "razonabilidad" que indica que existe un standard, un patrón jurídico, vinculado por Dana Montaño con la constitucionalidad de la norma, que obliga a dar a la ley un contenido razonable, justo, valioso (Bidart: 118). Esta regla de razonabilidad es la que se conoce como la "garantía del debido proceso", constitucionalizada en las enmiendas V y XIV de la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica como el "due process of law", siendo interpretado tanto en un sentido sustancial como en

uno procesal. En forma procesal, que es la que nos interesa, exige que nadie pueda ser privado judicial o administrativamente de su libertad (lato sensu) sin que se cumplan ciertos procedimientos establecidos por ley que de al individuo la posibilidad de exponer las razones de su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada, se trata así de "... un procedimiento regular de acuerdo con reglas establecidas que no violen los derechos fundamentales" (Bidart: 499).

Este es ya un verdadero derecho, es el derecho al "deber proceso adjetivo" que, en nuestra opinión está consagrado en la Constitución en su art. 232 al señalar que "La potestad de administrar justicia... Se ejerce por los juzgados y tribunales... con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen", y en forma similar en el art. 2,20), 1 cuando dice que "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos..."; normas concordantes con el art. 8 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica al señalar que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral... o de cualquier carácter". De lo cual se concluye que el fiel cumplimiento de esta "garantía de la administración de justicia" —verdadero derecho fundamental— es ya un primer requisito para que una sentencia sea constitucionalmente válida y que al decir de Fisner "... está necesariamente reglamentada en las normas de los códigos procesales" (:948).

Entendemos con Mario Chichizola que esta garantía contiene implícitamente requisitos de contenido y presupuestos procesales que son de obligatorio cumplimiento (:145), así: la sentencia debe dictarse por un juez o tribunal legítimamente constituido y competente; debe referirse exclusivamente a las partes que hayan intervenido en el proceso; debe ser debidamente fundada; tiene que resolver la totalidad de las cuestiones planteadas, pues de no hacerlo constituiría una verdadera denegación de justicia; además no puede pronunciarse sobre cuestiones no planteadas por las partes porque esto implicaría una evidente transgresión al principio de la defensa en juicio, etc. Nos damos cuenta que toda sentencia está condicionada por los presupuestos de la jerarquía normativa, por lo que cualquier infracción a ésta conllevaría a su calificación como inconstitucional, en la medida que "no escapa a las limitaciones que impone toda imbricación en una graduación de normas, por ser también norma" (Vanossi: 1981: 1268) Por eso somos de la opinión que "la doctrina publicista tan claramente admitida en los últimos años, puede extender su campo de aplicación a una teoría política del proceso civil". (Couture: 157).

### **4) La cosa juzgada**

El fin perseguido por las partes es obtener una de-

claración del juez que decida definitivamente la cuestión litigiosa de tal forma que no pueda ser nuevamente discutida en el mismo proceso, ni en ningún otro futuro, y que en caso de contener una condena pueda ser ejecutada sin nuevas revisiones. Este efecto de la sentencia, sin duda alguna el más importante, se designa con el nombre de cosa juzgada. (Alsina: 122).

Para que ella exista es necesario que esté presente por lo menos el elemento de la "irrecorribilidad" al que muchas veces se áuna el de la "inmutabilidad" de la decisión; así, de acuerdo a su presencia distinguimos la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material (Ibid: 124). En este orden de ideas, ¿cuál es el fundamento de esta institución? Entendemos con Alsina que son dos: el valor seguridad jurídica que da estabilidad a las relaciones de derecho y la "extinción de la acción" con su ejercicio. Entonces, un poco que va surgiendo la duda ¿qué sucede en el caso de que una sentencia sea inconstitucional? ¿pasará en autoridad de cosa juzgada? ¿se permitirá que un juez cubra la violación por él efectuada bajo el manto de la autoridad de la cosa juzgada? ¿podrá exigirse el cumplimiento de una obligación no acreditada durante la secuela del procedimiento? Si sabemos que los derechos humanos sin las adecuadas garantías que los protejan no son más que meras declaraciones líricas ¿cabe alguna acción de garantía contra este tipo de sentencias? ¿no existe acaso en nuestro procedimiento penal un recurso de revisión que ya enerva la autoridad de la cosa juzgada?

## CAPITULO II: La acción de amparo

Originalmente surge el Habeas Corpus como garantía para la protección de los derechos fundamentales ya reconocidos por la autoridad estatal pero trasgredidos por ella porque esto no les acarreaba ningún perjuicio.

"El deseo de proteger a todos los derechos constitucionales y no sólo a los referentes a la libertad individual, llevó a la institución del Amparo, que como tal aparece en México legislado especialmente en la Constitución de 1857" (Borea: 1977: 29).

En el Perú pese a que el D.L. 17083 fuera calificado por la doctrina extranjera como Ley de Amparo (Fix Zamudio: 1979 :229), consideramos que recién con la Constitución vigente se puede hablar propiamente de la presencia de esta acción en nuestro sistema, porque el citado D.L. sólo fue "un intento de separar los campos de acción, más conteniendo grandes lagunas que impiden señalarlo como un todo orgánico" (Borea: 1977 :29).

Así pues nuestra Constitución en su art. 295 recoge este instituto señalando que cautela los derechos reconocidos por ella no referidos a la libertad individual que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. En este orden de ideas pensamos con Lazzarini que son tres los "presupuestos mínimos del amparo" (:158):1) la acción debe suponer la existencia de un hecho, un acto, una omisión, o una amenaza que cause un agravio, pudiendo provenir éste del Estado o de los particulares, 2) que el mismo produzca un daño real y tangible, y 3) que el derecho violado sea uno de carácter constitucional.

Ante esta situación, y tomando en consideración

que el Juez e igualmente los integrantes de los tribunales colegiados son funcionarios, autoridades que muchas veces pueden causar agravios a los particulares que produzcan daños reales y tangibles violando derechos de carácter constitucional surge la interrogante sobre si procede ésta acción de garantía contra sentencias.

### 1) Posición de la doctrina

Mucho se duda y discute en doctrina sobre la procedencia o no del amparo contra sentencias e incluso las tesis que permiten su interposición se encuentran divididas en relación a los alcances que ésta debe tener; así Sagués considera que hay dos opiniones opuestas sobre el asunto (:la Tesis Negativa y la Tesis Positiva).

**1.1) Tesis Negativa.**— Toma como argumentos fundamentales para no permitir la procedencia de la acción los siguientes:

A)- que siendo la cosa juzgada el efecto principal de la sentencia que permite la resolución que ha adquirido este carácter obtenga valor definitivo e inmutable. "Es lo que Hans Kelsen denomina..., la habilitación, convalidación o confirmación de una norma singular, violatoria de una norma superior: la sentencia inconstitucional, pasa a ser confirmada por el mismo ordenamiento jurídico, si llega a tener vigor de cosa juzgada". (Sagués: 154).

"El argumento esencial es que la seguridad jurídica requiere mantener la presunción jure et de jure de verdad legal de las resoluciones judiciales jurídicamente inimpugnables porque de no ser así se eliminaría la cosa juzgada, de aceptada utilidad social y se arrastraría a la sociedad hacia el caos y la más terrible inseguridad jurídica. (Grau: 98).

Además "siempre ha de seguir alguien que falle en última instancia y cuya decisión no se encuentre sujeta a control. Si no fuera así, todos los procedimientos serían interminables y siempre existiría una instancia más con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica del país" (Borea: 1977:67). B)- por una acción sumarísima no se puede invalidar un procedimiento muchas veces más extenso, opinión sustentada en el criterio de que un proceso en el que las partes tuvieron mayor posibilidad de defenderse no puede ser invalidado por otro sumarísimo que no examina los hechos en forma tan exhaustiva como aquél.

C)- un magistrado jerárquicamente inferior no puede revisar y dejar sin efecto una sentencia de un superior, argumento basado en el sistema jerárquicamente organizado de la administración de justicia.

En cuanto a legislaciones se trata, la argentina ha adoptado esta tesis al señalar en el artículo 2, inc. b de la Ley 16,986 que "La acción de amparo no será admisible cuando: b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial", lo cual, no ha evitado que la doctrina de ese país siga dividida en este punto.

**1.2) Tesis Permisiva.**— Aunque "la mayor parte de la doctrina admite que la acción de amparo sea viable ante actos del Poder Judicial" (Lazzarini: 225), al

interior de esta tesis existen diversas variantes entre las que cabe destacar:

A) aquella sostenida por Genaro Carrión que consiente esta acción de garantía "si se hubiera violado algunos de los requisitos del debido proceso adjetivo" (en Sagués: 163).

B) "En cuanto al amparo contra decisiones judiciales, Bidart Campos distingue entre el intento de revisar por esa vía decisiones judiciales con calidad de cosa juzgada (que no procede) y que se considere viable el amparo contra actos que ya han sido objeto de un proceso judicial ordinario (que sí procedería...) "(en Vanossi: 1976:501).

C) Segundo lo explica Lazzarini el amparo sólo debe proceder contra actos arbitrarios e irreparables, ante el Tribunal Superior y cumpliéndose todas las condiciones que requiere la procedencia de la acción (:225).

D) Burgos señala que el juicio de amparo procede contra las violaciones "in procedendo" y las violaciones "in judicando", es decir aquellas que se realizan durante la secuela procesal y las que se cometan en la sentencia misma. (:313).

E) Borea Odría considera que "la acción debe proceder contra una resolución de un miembro del Poder Judicial sólo cuando son evitadas por se y sin la existencia de un proceso" (:68), en otras palabras "sólo cuando la transgresión ha sido hecha por el Juez sin la existencia de procedimiento" (:70).

El fundamento de esta tesis radica en que no interesa el órgano de donde provenga la vulneración, pues sólo basta el hecho, "la garantía es válida para proteger a los derechos constitucionales de cualquier agresión, independientemente de la persona o ente que la realice" (Ibid :65). Así, por sobre el valor seguridad jurídica se procura salvaguardar otro valor hacia el que también apunta el derecho: la justicia". ¿Pues por qué, si en juicio civil se imponen servicios personales obligatorios y sin la debida retribución, se da afecto retroactivo a alguna ley, se reduce a prisión a alguna persona por deudas de carácter civil... o se ataca, en fin cualquier otra garantía consignada en la Constitución, ... han de carecer los ofendidos del recurso que los protege...?" (Mejía: 265-266).

Entre las legislaciones que acogen esta tesis destaca por su amplitud el juicio de amparo mexicano reconocido en las fracciones III, V y VI de la Constitución de 1917, según las reformas de 1967, que entraña a decir de Burgos "un recurso extraordinario similar a la casación" (:202) y al que llama "amparo casacional". En Brasil el amparo contra sentencias se otorga excepcionalmente contra actos judiciales y sólo en ausencia total de recursos contra los mismos e imposibilidad de corrección" (Lazzarini: 228). En España la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo concede en su art. 44, 1, b) siempre que "la violación del derecho o libertad sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieran lugar al proceso acerca de los que, en ningún caso entrará a conocer el Tribunal" (Gerpe: 464) y en Alemania Federal, al decir que Sainz Moreno, la "reclamación constitucional puede fundarse en:

a) Una violación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, esto es, cometida en la tramitación del procedimiento. b) Una violación de los derechos fundamentales al haber aplicado la sentencia una ley que es inconstitucional, c) Una violación de los derechos fundamentales al haberse dictado la sentencia en base a una interpretación inconstitucional de una ley". (:619).

Nos damos cuenta que ambas tesis se fundamentan en valores distintos: la justicia y la seguridad jurídica, valores que frecuentemente se encuentran en conflicto y hacia los que apunta el Derecho. Es por eso que sostendremos que cualquier posición por la que se opte no será carente de razonabilidad ni fundamento pues cada uno posee validez suficiente. Por lo tanto la única capaz de decidir cuál tesis acoger debe ser la Constitución de un país o en todo caso las leyes si en éstas la Carta Fundamental deja recaer la facultad de señalar en qué casos y formas procede el amparo.

Nuestra opinión respecto a la procedencia o no del amparo contra sentencias se inclina a aceptar la tesis permisiva, pues pensamos que en una correcta interpretación de la Constitución no se puede permitir de antemano que ésta pueda ser violada sea por quien fuere, porque en definitiva o la Constitución se defiende de cualquier agresión o se deja vulnerar, o como señala Bidart "... la Constitución, ¿es suprema o no lo es?" (:523). Por lo expuesto creemos que el amparo debe proceder contra aquellas sentencias violatorias de derechos constitucionales —sustitutivos o adjetivos— contra los que no quiepa recurso procesal alguno y cuya modificación trascienda el resultado del fallo, vale decir no contra aquellas violaciones nimias. En nuestro sistema estos Derechos serían las llamadas "garantías de la administración de justicia".

## 2) El Amparo Peruano

### 2.1) La Constitución

La Constitución vigente haciendo eco de un cúmulo de aspiraciones por parte de los constitucionalistas más conspicuos de nuestro país introdujo en uno de sus títulos un medio de protección de los derechos humanos conocido en doctrina como la "acción de amparo": La incorporó señalando que la acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace todos los demás derechos reconocidos por la Constitución no referidos a la libertad individual da lugar a esta acción, plasmando así la importante diferencia existente entre derechos y garantías que nuestra anterior Ley Fundamental desconoció (1). Conviene por tanto precisar este artículo en sus aspectos esenciales.

a) ¿Quiénes pueden realizar el acto violatorio?

Nuestra Carta Magna considera que puede ser cometido tanto por funcionarios, autoridades o particulares. Los dos primeros son los que no interesan pues ¿no es acaso el juez un funcionario?, ¿no es igualmente una autoridad?

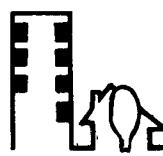
Sobre el punto de doctrina, fundamentalmente argentina y mexicana, hay total consenso en cuanto debe proceder el amparo contra violaciones cometidas por autoridades —no utilizan tanto el término "funcionario", prefieren la voz "autoridad" —qui-

**CONCORDIA ADUANERA S. A.**  
AGENTE AFIANZADO DE ADUANA

AVDA. REPUBLICA DE PANAMA 465 CALLAO  
TELEFONO 652421 - 290193

**Operaciones Oceanicas S.A.**

AV. ARGENTINA 368  
CALLAO  
TELFS. 294010 - 294814  
TELEX 25465 PE - OPOCEAN



**inmobiliaria  
VELUSA**

COMPRA Y VENTA DE INMUEBLES - CONSTRUCCIONES - PROMOTORES DE URBANIZACIONES

LES SALUDA Y A LA VEZ LES OFRECE SUS SERVICIOS  
PROFESIONALES CON 10 AÑOS DE EXPERIENCIA, EFICIENCIA Y RAPIDEZ  
EN LA VENTA DE SUS BIENES INMUEBLES.

ADEMÁS LES OFRECEMOS EN EL MOMENTO QUE UD.  
DESEE COMPRAR: DEPARTAMENTOS, CHALETS, RESIDENCIAS, TERRE-  
NOS RESIDENCIALES, COMERCIALES E INDUSTRIALES EN EXCELENTES  
ZONAS DE LIMA, CON SERVICIO DE MOVILIDAD SIN COMPROMISO  
ALGUNO. (ASOCIADO APCI).

AV. DEL PARQUE NORTE No. 605 URB. CORPAC - SAN ISIDRO TELFS.: 419503 - 407261 LIMA 27 - PERU

zás por ser más amplio— aunque como se ha visto discuten sobre si debe o no interponerse contra los actos judiciales. Pero ¿qué se debe entender por “autoridad”? ¿no es acaso una expresión muy genérica y multívoca?

Burgoa luego de desechar el término “autoridad” como equivalente a “poder, potestad o actividad” concluye que debe entenderse como tal a aquellos órganos estatales de facto o de jure, con facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendra la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares, de hecho o jurídicas, o bien producen una alteración o afectación en ellas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva” (Burgoa: 210): En este orden de ideas ¿no están acaso incluidos los actos inconstitucionales de los jueces? ¿cabe el amparo contra violaciones cometidas por un juez en ejercicio de sus funciones? ¿por qué debemos pensar que pese a que la Constitución señala que ante “cualquier autoridad” que vulnere un derecho por ella reconocido es pertinente la interposición de una acción de garantía, se está excluyendo a los jueces que violen este tipo de derechos si éstos también son autoridades? (2).

Resulta claro que el art. 295 no distingue entre autoridades judiciales, políticas o administrativas. A todos los comprende igualmente y unos y otros sin excepción deben quedar sujetos a su imperio, de otra manera estaríamos aceptando la posibilidad de que los tribunales violen impunemente derechos constitucionales. Más aún si como señala Linares Quintana “el amparo debe ser interpretado con amplitud, y sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del remedio, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la Constitución y las genuinas finalidades de las garantías constitucionales” (en Sánchez Viamonte: 1978:199); no cabe duda que la procedencia del amparo contra sentencias emana, nace de la Constitución: Tesis reforzada tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (3) como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (4) al permitir la interposición de un “recurso efectivo” —recurso considerado por la doctrina y en especial por Fix Zamudio como un principio de internacionalización del amparo en Latinoamérica (1968:)— contra las violaciones de los derechos fundamentales aún cuando éstas provengan de personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales, tratados que en sus respectivos artículos incluyen implícitamente a las autoridades judiciales (5). Además, volviendo al problema de las reglas de interpretación, en una Constitución en la que desde su preámbulo se busca la plena vigencia de los derechos humanos, en una Ley Fundamental en la que se pretende la primacía de la persona humana, en una Carta Magna en la que se afirma que el valor primario de la vida en comunidad es la justicia y en la que incluso se considera a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (6), ¿es posible permitir la violación de los derechos fundamentales por parte de una autoridad judicial?... Realmente pensamos que no, por lo tanto sostenemos que en la interpretación de la norma debe tenerse en cuenta el contenido teleológico de la Constitución (Bidart:

94) e inclinarnos en consecuencia por aceptar el amparo contra sentencias como medio de protección de derechos fundamentales, más aún si nuestra Ley Fundamental expresamente no lo prohíbe. (\*)

Conviene señalar que el argumento líneas arriba expuesto no constituye una posición aislada, pues ya Nicanor Silva Salgado y Manuel Aguirre Roca —magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales— lo sostienen aunque con distintos matices (7). Incluso Baca D’La Zota —presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao en 1983— acepta la tesis permisiva pues conviene en afirmar que cuando se habla de “autoridad” evidentemente “se comprende connotativamente al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo y al Poder Judicial. De tal manera que resumiendo podemos señalar que la Acción de Amparo puede hacerse valer contra los actos administrativos, los actos judiciales y también los legislativos o parlamentarios” (8).

b) Empero poco a poco nos vamos acercando a un gran escollo ¿qué pasa con la cosa juzgada?

Tanto los incisos 2 y 11 del art. 233 de la Constitución se refieren a este instituto y expresamente no contienen excepciones: Ante esta situación surge un aparente conflicto de normas de un mismo rango que debe ser superada con una interpretación constitucional adecuada. Pensamos que el amparo debe ser interpretado con amplitud —y en esto nos remitimos a lo ya dicho en líneas anteriores— y que por tanto la violación de un derecho fundamental no puede dejarse sin protección, emane de quien emane, porque lo importante no es de quien proviene la agresión sino el hecho mismo, e igualmente porque somos creyentes que entre el valor seguridad jurídica —fundamento de la cosa juzgada— y el valor justicia —inserto desde el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental— debe primar este último. Por lo tanto sostenemos que la acción de amparo contra sentencias inconstitucionales en las que estén presentes los requisitos de procedencia de la acción constituye en nuestro sistema **“una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada”** (Rubio: 1983 :423), “sin que ello comporte revivir un proceso, no sólo porque un proceso no puede quedar terminado si no es resuelto dentro del orden constitucional vigente —porque sólo dentro de esos moldes está el orden jurídico que los Poderes no pueden rebasar— sino, también, porque nuestra legislación —en prueba de esto— no da a todas las Ejecutorias el valor definitivo de la cosa juzgada” (Ugolotti :45), excepción que no es la única en nuestro ordenamiento jurídico pues ya los artículos 361 y ss. del Código de Procedimientos Penales permiten la interposición del llamado “Recurso de Revisión” contra sentencias que han pasado en autoridad de cosa Juzgada, lo que evidentemente relativiza y enerva el concepto de la “res iudicata”. Por eso opinamos con Ugolotti “que la Ejecutoria tiene el carácter de cosa juzgada en sus dos aspectos: particular y general, cuando la ley no dispone lo contrario o si no procediera la prevalencia de la norma constitucional, cuya superior jerarquía jurídica invalida cualquier dispositivo contrapuesto emanado de cualquiera de los Poderes del Estado” (:46).

Así nos damos cuenta que a la criticada falta de un pronunciamiento taxativo por parte de nuestra

Constitución en relación al tema que analizamos (Borea: 1981:21), se le opone la interpretación que nos conduce a la conclusión asumida.

c) ¿Cuál es el derecho amparado?

Nuestra Carta Magna adopta en su artículo 4 un sistema amplio e incluye como derechos fundamentales no sólo a los expresamente reconocidos por ella, ni siquiera únicamente a los inscritos en el Título primero, sino también incorpora a todos aquellos que están presentes en forma implícita "o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". Por lo tanto una interpretación correcta de la Constitución no podrá dejar de lado estos derechos, ni mucho menos a los demás que se encuentran dispersos en la Ley Suprema, y claro está tampoco a los contenidos en Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos, pues de no ser así se estaría efectuando una interpretación restrictiva del artículo cuarto. (9).

Esta tampoco constituye una interpretación aislada pues incluso ya ha sido asumida por algunos magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales como los doctores Vargas Vargas –vicepresidente–, Silva Salgado y Aguirre Roca, éste último en uno de sus votos singulares sostuvo que "... el artículo cuarto de la Constitución introduce e instala, en la categoría de los denominados derechos fundamentales proclamados en el artículo dos de la misma, a todos los demás que la Constitución garantiza... y a otros de naturaleza análoga... Es claro, pues que todos los derechos que la Constitución garantiza... son fundamentales" (10). Marcial Rubio es también de esta opinión, y por eso al tratar sobre las garantías de la administración de justicia considera a éstas como verdaderos derechos humanos. (Rubio: 1983: 423).

En este orden de ideas, Burgoa cuando analiza el tema referido a la extensión protectora del "juicio de amparo" concluye que dicho instrumento de garantía no sólo constituye un medio de control de la Constitución –entiéndase en nuestro sistema como vinculado a la protección de los derechos no estrechamente relacionados con la libertad individual– sino que es también un "medio extraordinario de control de la legalidad". A esta conclusión llega merced a un razonamiento que parte de dos normas consideradas en nuestra Ley Fundamental como "garantías de la administración de justicia": los incisos 6 y 8 del art. 233 (11); pues, si se viola el derecho a la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y no existe remedio ordinario para su protección ¿no será en este caso pertinente la interposición de una acción de garantía? (12), lo contrario creemos sería no respetar la norma constitucional, llegándose de esta forma a que la "... Corte vele por el cumplimiento de todos aquellos cuerpos legales que como el código penal y otras legislaciones de índole administrativa que crean delitos y consignan penas, deben aplicarse con exactitud por las autoridades judiciales" (Burgoa: 270). Similar problema se presenta con el inciso 6 del art. 233 pues la norma permite que a falta de ley aplicable al caso se pueda recurrir a los

principios generales del derecho, lo cual conduce a que "... cuando a juicio del agraviado la autoridad responsable no haya aplicado la ley en cuanto a su letra o interpretación jurídica en los asuntos precipitados, se puede intentar el juicio de amparo, constituyéndose entonces la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito en protectores del cumplimiento de las legislaciones secundarias, sustantivas o adjetivas..." (Ibid).

En conclusión, sostenemos que en la medida que sean vulnerados mediante una sentencia cualesquiera de los derechos reconocidos por nuestra Carta Fundamental –especialmente las garantías de la administración de justicia– cabe la posibilidad constitucional de interponer una acción de garantía, un amparo.

## 2.2) La Ley 23506.–

Nuestra Constitución no adoptó el sistema español, el que en su reciente Carta Magna –artículo 161.1.b)– remite a una legislación posterior la regulación de los casos y formas en que procede el amparo ante el Tribunal Constitucional.

Nuestra Constitución, hemos visto, señala que procede contra cualquier autoridad, y un juez es un funcionario, una autoridad, por que ella adopta la llamada "Tesis Permisiva".

¿Podría la Ley reglamentaria sostener algo distinto? ¿Cuáles serían sus alcances?

A) Partamos primero de una hipótesis, en el supuesto de que la ley reglamentaria fije expresamente que no cabe el amparo contra sentencias ésta norma sería válida? Nos inclinamos a pensar en forma negativa pues como se ha visto, el amparo contra sentencias nace de la Constitución y por tanto cualquier norma inferior que la contradiga deviene en inválida e inconstitucional. Sobre esto existe un antecedente en la legislación extranjera, en México, a fines del siglo pasado. La Constitución mexicana de 1857 en su artículo 101 consignaba una norma similar a la nuestra al señalar que "es procedente el recurso de amparo por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales" (13), mientras que la Ley reglamentaria de 20 de Enero de 1869 sostiene que "no es admisible el amparo en negocios judiciales" (léase resoluciones judiciales), se presentaba así una evidente contradicción que tenía que ser salvada por la doctrina y fundamentalmente por el Poder Judicial. ¿Qué posición se adoptó? ¿Tuvo éxito esta disposición? "... Este artículo ocho tuvo un éxito desgraciado. En la Suprema Corte de Justicia que funcionó desde la fecha de esa ley hasta la promulgación de la de 14 de Diciembre de 1882, que la reformó, no tuvo eco ninguno, por haberse reconocido a primera vista su inconstitucionalidad" (Mejía: 261-262).

Por lo tanto, de existir una norma en la Ley reglamentaria de amparo que opte por la posición de la comentada ley mexicana, la calificaríamos como inconstitucional.

B) Ahora bien, pensemos en una segunda hipótesis ¿puede una ley reglamentaria permitir la procedencia sólo cuando existan vicios procesales y no cuando estén presentes vicios sustantivos? ¿no se estaría per-

mitiendo de esta manera que se violen en forma impune derechos fundamentales pues no se les concede garantía constitucional alguna que los proteja? ¿no se estaría haciendo una interpretación restrictiva de los derechos y garantías en oposición a la interpretación restrictiva de los derechos y garantías en oposición a la interpretación amplia aconsejada por la doctrina? ¿no estaría distinguiendo una norma inferior lo que la propia Constitución no ha distinguido? Entendemos con Mejía que cuando la Constitución no distingue, ninguna ley secundaria puede distinguir. Cuando la Constitución no limita ni restringe el ejercicio de un derecho que otorga, las leyes reglamentarias no pueden establecer restricciones ni limitaciones de ese derecho. Tales limitaciones constituyen una modificación, una reforma de la Constitución, y ésta no se altera de una plumada, por simples leyes secundarias, sino de la manera que ella misma establece. (:261).

C) Respecto a nuestra Ley podemos señalar como antecedentes que, con el fin de regular el ejercicio de las acciones de Amparo y Habeas Corpus se nombra mediante R.S. 059-81-JUS a una Comisión integrada por los Drs. Domingo García Belaúnde –como presidente–, Alberto Borea Odriá, Pedro Arnillas G., José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde S.

Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley, la Comisión utilizó fuentes diversas revisando especialmente doctrina y legislación extranjera, fundamentalmente la mexicana y la argentina.

No siendo objeto del presente trabajo el examen total de la Ley nos limitaremos sólo a analizar los artículos que consideramos vinculados a nuestro tema: i) art. 5 “Las acciones de garantía también son pertinentes si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional”.

Este dispositivo tiene como antecedente al Proyecto del Dr. Borea Odriá presentado a la Comisión, que en su artículo 10 sólo permitía la procedencia de la acción cuando “una autoridad judicial, fuera de un procedimiento evacúa una orden que lesione el derecho constitucional” y por lo tanto no lo permite contra resoluciones judiciales dictadas dentro de un procedimiento. Esta norma guarda relación con la tesis por él sustentada y que como ya vimos se basa en que la acción es pertinente únicamente cuando no existe de por medio un proceso. La disposición del Proyecto Borea se mantiene en forma similar en el Anteproyecto elaborado por la Comisión, aunque, ubicada en el art. 5, cuya Exposición de Motivos afirma que “... el artículo cinco contempla en forma novedosa, la utilización de las acciones de garantía contra las autoridades judiciales, siempre y cuando se trate de actos judiciales fuera de procedimiento; si ello ocurre dentro de un procedimiento, se entiende que el afectado debe recurrir a las vías procesales existentes en los respectivos procedimientos”.

El Proyecto de Ley aprobado por el Ejecutivo –que modificó algunos artículos del Anteproyecto–

mantiene igual tónica, señalando en su artículo 5 que:

Art. 5.— Las acciones de garantía proceden si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento, emite una orden que lesiona un derecho constitucional.

Ahora bien, si comparamos la versión del Anteproyecto con la norma aprobada por el Senado vemos que se introducen modificaciones que en nuestra opinión alteran el sentido primigenio del artículo pues ahora se habla de que la acción es pertinente si una autoridad judicial “fuera de un procedimiento que es de su competencia, y ya no sólo de una autoridad “fuera de procedimiento”, con lo que se está agregando la noción de competencia que como se ha visto no fue producto de la intención de los integrantes de la Comisión.

La norma aprobada por el Senado fue aceptada por la Cámara de Diputados y es hoy el artículo 5 de nuestra Ley.

¿Pero qué significa esto de “fuera de un procedimiento que es de competencia de la autoridad judicial”? Para explicarlo es necesario acudir al significado primigenio del dispositivo (14), así llegamos a que el “fuera de un procedimiento” del Anteproyecto significaba para la Comisión la inexistencia de un proceso, es decir la negación de la existencia de un proceso por tanto éste “fuera” es una negación. Entonces podemos concluir que dicha frase en la Ley alude a la inexistencia de un proceso en que el Juez sea competente o, en otras palabras, a la existencia de un procedimiento en que el Juez sea incompetente.

Más, ¿cuál es el significado del concepto autoridad judicial competente?

Ignacio L. Vallarta al comentar el art. 16 de la Constitución Mexicana, señala que el término “autoridad competente” no se refiere a la competencia jurisdiccional u ordinaria sino que alude a la competencia constitucional. “Es pues, la competencia constitucional, a la que se refiere el artículo 16, siendo, por ende, “autoridad competente”, aquella que conforme a la Ley Fundamental está facultada para ejecutar tal o cual acto o expedir determinada ley y no tiene prohibición expresa para el efecto” (en Burgoa: 267).

Si bien es cierto esta interpretación es sostenible en relación a la Constitución Mexicana, no lo es a la luz del art. 5 de nuestra Ley porque éste vincula dos términos: “la competencia” y “el procedimiento”, que delimitan el significado de la norma como referido a la falta de competencia jurisdiccional u ordinaria siéndolo de aplicación nuestras normas procesales pertinentes. Por lo tanto debemos entender como “autoridad judicial competente” a aquella que goce de la potestad jurisdiccional de conocer un caso por razón de la materia, cuantía, grado o turno (competencia absoluta), más no en razón del territorio por ser éste susceptible de prórroga (competencia relativa).

Así al añadirse el elemento “competencia” se está permitiendo la posible intromisión en un procedimiento porque éste se da a la luz de aquél con lo que ya la norma no se está refiriendo a la inexistencia de un proceso como fue la intención de los in-

tegrantes de la Comisión. Ante esta situación, por ejemplo, si en un procedimiento de aviso de despido por causa única dicta sentencia un Juez de Primera Instancia —siendo el llamado a conocer el caso un Juez de Paz Letrado por razón de la cuantía—, será procedente el amparo en la medida que se hayan violado derechos constitucionales. ¿Cuáles derechos? La Constitución no lo dice en forma taxativa y mucho menos la Ley, por lo tanto “ubi lex non distinguit, nec non distingue debenus” y de esta manera sostenemos que están protegidos tanto los derechos de carácter sustantivo como los de carácter adjetivo, violación que como en todo caso de amparo debe verse a la luz del problema concreto.

La interpretación del artículo 5 efectuada, si bien es permisiva, no es del todo razonable pues ¿por qué la acción de amparo contra una sentencia abiertamente constitucional expedida por un juez que conoce un procedimiento que sí es de su competencia no es pertinente para la Ley? Realmente lo ignoramos, no entendemos por qué la Ley no lo permite si en ambas situaciones —tanto cuando el procedimiento está fuera de la competencia del juez como cuando no lo está— se puede dar el caso de que se cometan violaciones de derechos fundamentales. Más aún si sabemos que las resoluciones emitidas por un Juez incompetente son —de acuerdo al artículo 1085 inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles— nulas, no se explica por qué a más de ser nulas se exige el requisito de que se violen derechos fundamentales. Si bien es cierto la posición adoptada por éste artículo es permisiva, la parte que se dirige a exigir el requisito de la competencia deviene en inaplicable por restringir el sentido de la Constitución que no establece esta distinción, razón por la cual pensamos que el amparo también es pertinente si una autoridad judicial emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

ii) Art. 6 inc. 2. “No proceden las acciones de garantía: Contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”.

Es el dispositivo de la Ley más discutido y utilizado por su amplitud y ambigüedad, porque quién nos dice ¿qué es una resolución judicial emanada de un procedimiento regular?

Veamos sus antecedentes.

Este inciso tiene como antecedente legislativo al Proyecto Borea que en su artículo 9 señalaba “Las acciones de garantía no proceden contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento”. Posteriormente fue incluido en el Anteproyecto de Ley con el agregado de “regular”, el que según la Exposición de Motivos concordaba con el art. 5 ya analizado (15). Por eso tenemos razones para pensar que el art. 6 inc. 2 en el Anteproyecto asumía como regular todo procedimiento seguido ante el Poder Judicial porque la posición de los integrantes de la Comisión era la de permitir únicamente la procedencia de las acciones de garantía contra resoluciones judiciales evacuadas “per se” y sin la existencia de un proceso, así lo ha entendido García Belaúnde al expresar que el término “regular” “... está vinculado con la exis-

tencia de un proceso previamente establecido y fijado por la Ley, con sus propias normas, y no con la irregularidad cometida dentro de un procedimiento”. (1983:2).

Pero este significado aceptado y defendido por los integrantes de la Comisión ¿se mantiene en la Ley? (16).

Hemos visto que el art. 5 de la Ley al agregar el elemento competencia ha desnaturalizado el sentido primigenio de la norma, hemos visto también que según la Exposición de Motivos ambos artículos concuerdan en el Anteproyecto, ¿concuerdan hoy en la Ley? creemos que no, pues si bien en un principio ambos se referían a resoluciones evacuadas sin la existencia de un proceso, hoy uno de ellos acepta la procedencia en un “procedimiento” en el que el juez sea incompetente. Entonces la Ley también ha alterado la concordancia, por lo que resulta hoy, en este caso, particularmente imposible interpretar estas normas a la luz de la citada Exposición de Motivos y de la intención de los integrantes de la Comisión. Más aún entendemos con Messineo que la norma una vez forjada vive con vida propia y es capaz de adaptarse a casos que el legislador no previó, por lo tanto una interpretación adecuada en nuestra opinión deberá orientarse por el camino trazado por las normas constitucionales.

En este orden de ideas somos de la opinión que el inciso segundo del artículo sexto al hablar de “procedimiento regular” alude al derecho al debido proceso adjetivo que ya revisamos (17) y que nace del art. 232 y siguientes de la Constitución.

¿Es posible hoy interpretar este artículo “contrario sensu” y sostener que es pertinente el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular?

Pensamos que de no hacerlo se estaría permitiendo que los jueces incumplan sus funciones y más aún que éstos violen derechos fundamentales de los particulares con sus resoluciones, y lo que es peor se habría dejado de aplicar por mandato de una norma inferior el artículo 295 de la Constitución al no hacer uso de la garantía por ella reconocida ante violaciones de “cualquier autoridad”.

Admitida la procedencia del amparo contra resoluciones irregulares resulta imprescindible hacer una salvedad —expresa en la legislación mexicana e implícita creemos en nuestro sistema—; sólo procederá la acción cuando la irregularidad cometida por el juez trascienda al resultado del fallo. Por lo que no cabría el amparo contra irregularidades nimias que no afecten al resultado de la sentencia. De no ser así la balanza en la que hemos colocado los valores seguridad jurídica y justicia se vería desequilibrada y la justicia constitucional a la que aspiramos dejaría su lugar a una crisis del procedimiento.

iii) Art. 6 inc. 3.— “No proceden las acciones de garantía: Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”.

El problema de las vías paralelas es un instituto fundamental en el amparo y de larga discusión doctrinaria. Ha sido recogido en opinión de Silva Salga-

do en el inciso 3 del artículo 6 (18) y se presenta porque los derechos constitucionales tienen muchas veces medios de protección que se encuentran en las vías comunes (laboral, civil, administrativa, etc.) (\*) –¿qué relación tienen estas vías comunes con el amparo? La relación la aclara el citado inciso al señalar que no es posible interponer la acción de garantía cuando se ha hecho uso de la vía judicial ordinaria, pues como lo sostiene García Belaúnde al tratar sobre el *Habeas Corpus* –argumento igualmente utilizable para el amparo– "... lo que se pide es que todo derecho amparado por la Constitución tenga un remedio sumarísimo, independiente de la legislación ordinaria. En consecuencia, la vía común o paralela es perfectamente utilizable después de haber usado un *Habeas Corpus*, sin importar cuál sea su resultado. A su vez si se escoge primero la vía ordinaria, queda descartada la posibilidad de usar el *Habeas Corpus*". (:197 :131).

Silva Salgado ha puesto en el tapete el problema de saber si la nulidad procesal constituye o no una vía paralela y por tanto si su uso elimina la posibilidad de iniciar un amparo; él sostiene que la nulidad es realmente una vía paralela por lo que en uno de sus múltiples votos singulares consideró que "... los accionantes de Amparo... prefirieron... la vía judicial ordinaria y convergente de la nulidad procesal, con lo cual cerraron su acceso a la Acción de Amparo com que también contaban; ..." (19). No participamos de similar opinión pues creemos que el amparo constituye el último remedio jurídico contra la arbitrariedad, es lo último que queda antes de la ruptura del Estado de Derecho; así, si existe otro remedio capaz de proteger los derechos fundamentales –por ejemplo la nulidad procesal– debemos agotarlo para luego ir en amparo. Por este motivo, y aunque nuestra Ley no lo diga, pensamos con Burgoa que "... el incidente o la promoción en que se solicite la nulidad de actuaciones en un juicio civil o laboral, debe necesariamente agotarse como medio ordinario de impugnación legal, si el agraviado ha comparecido a juicio. En cambio, si se trata de ilegalidad, falsedad o inexistencia del emplazamiento, sin que el agraviado haya intervenido por modo alguno en el juicio civil o del trabajo correspondiente, y habiéndose dictado en éste la sentencia o el laudo respectivo, dicho incidente o la mencionada promoción de nulidad no deben entablarse antes del ejercicio de la acción constitucional en vía de amparo..." (:293).

iv) Art. 24.– La acción de amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

16. De jurisdicción y proceso en los términos señalados en la letra "I", inciso 20), artículo 2 de la Constitución;

22. A los demás derechos fundamentales que consagra la Constitución.

Hemos visto que en el caso de "errores in procedendo" sustanciales, es decir aquellos que trascienden el resultado del fallo, se está violando el derecho al debido proceso adjetivo, que como todo derecho no referido estrictamente a la libertad individual, debe ser garantizado por el amparo. Pero sucede que nues-

tra Ley Fundamental ha adoptado un sistema amplísimo protegiendo todos los demás derechos por ella reconocidos de las violaciones cometidas por cualquier autoridad, funcionario o persona; entonces es posible sostener que proceden las acciones de garantía no sólo contra violaciones de carácter procesal sino también contra aquellas de carácter sustantivo, porque si la Constitución no distingue nosotros y menos una ley puede distinguir. Si nos encontramos en un Estado de Derecho en el que está vigente una Constitución escrita, debemos seguir las pautas por ella señaladas para su modificación y no utilizar la pluma del legislador para restringir su significado.

v) Art. 27.– "Sólo proceder la acción de amparo cuando se hayan agotado las vías previas".

Dice la Exposición de Motivos que "se entiende por vías previas el recurso jerárquico que tiene el perjudicado antes de recurrir a la vía especial del amparo". El fundamento de este instituto se haya en la naturaleza misma del amparo: es el último remedio jurídico contra la arbitrariedad, "... sino se hiciese necesario el respeto o el transitar de las vías previas, entonces resulta que todas las acciones en el Perú ... resultaban siendo Amparo, vale decir resultaban siendo acciones constitucionales..." (Borea: 1982; 110).

En relación a nuestro tema esto se traduce en un agotar previamente todos los medios procesales existentes para modificar las resoluciones judiciales y de esta manera no trastocar el ordenamiento procesal utilizando al amparo como una suerte de recurso impugnativo; por lo tanto, la acción sólo será procedente cuando la resolución inconstitucional no tenga remedio ordinario aparente quedando el amparo como medio extraordinario, como un último recurso contra la arbitrariedad.

Es importante señalar que existen casos en los que no es necesario agotar las vías previas: las excepciones del artículo 28 de la Ley.

vi) Art. 29.– "... Si la afectación de derechos se origina en una orden judicial, se interpondrá la acción ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva, la que encargará a otro juez su trámite".

Norma de procedimiento que es congruente con la tesis permisiva adoptada por la Ley. Cabe anotar que la Corte sólo puede encargar al Juez de Primera Instancia el "trámite" de la acción, más éste no puede resolver la litis por no tener la competencia necesaria, de hacerlo se excedería en el encargo y la resolución expedida indebidamente sería nula por aplicación del artículo 1085 inciso 2 del Código de Procedimientos Civiles.

## 2.3 Síntesis.

De lo visto en este punto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

– La procedencia de la acción de amparo contra sentencias que reúnan los requisitos para su interposición, nace del artículo 295 de la Constitución –cordante con el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–

NUESTRO AGRADECIMIENTO A:

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

constituyendo en nuestro sistema una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada.

—Procede contra la violación de derechos constitucionales, fundamentalmente en defensa de las llamadas “garantías de la administración de justicia”.

— El artículo 5 de la Ley al limitar la procedencia de la acción a procedimientos que no sean de competencia del juez en los que se viole derechos constitucionales, vulnera el principio de la jerarquía normativa en relación al artículo 295 de nuestra Ley Fundamental, deviniendo por tanto la limitación en inaplicable.

— El artículo 6 inciso 2 debemos interpretarlo como permisivo del amparo contra resoluciones ju-

diciales que violen el derecho al debido proceso adjetivo, en la medida que esta violación trascienda al resultado del fallo.

— El artículo 6 inciso 3 reconoce un derecho de opción al agraviado entre la vía paralela y el amparo, eliminando la acción constitucional si se opta por la paralela.

— Es necesario que se agoten las vías previas antes de ir en amparo, salvo las excepciones contenidas en el artículo 28 de la Ley.

— La acción deberá interponerse ante la Sala Civil de la Corte Superior respectiva la que encargará a otro juez únicamente su trámite.

- (1) ARTICULO 295.— La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus.  
La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona.  
La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que le es aplicable.
- (2) Bustamante B. considera que, “Si alguien pone en duda que los jueces sean autoridades, puede que le quiera razón. Pero, ¿acaso no son funcionarios o personas? Claro que lo son. Está claro que la Constitución ha querido ser lo más amplia posible. Está en vigencia, por lo tanto, un régimen constitucional que por su amplitud no sólo no impide sino que permite pensar que las resoluciones judiciales también pueden ser objeto de acción de amparo”. (Bustamante:2).
- (3) ART. 25:1.— Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- (4) PARTE II: art. 2:3,a).— Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- (5) El art. 105 de la Constitución señala que los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional por lo que en estricta aplicación del art. 4 de la misma y del 295 procede su protección mediante las acciones de garantía.
- (6) Confrontar con el Preámbulo y el art. 1 de nuestra Ley Suprema.
- (7) Ver las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales de los casos Efraín Araoz C. y Joffre Fernández V. publicadas los días 24-05-83 y 23-11-83 en “El Peruano”.
- (\*) Vanossi es de la opinión que “el carácter programático del Preámbulo —en virtud de sus fines— se resuelve en una función de pauta de interpretación... de utilidad particular para los intérpretes en los casos de duda” (:1976:6).
- (8) Aunque luego limita la procedencia al caso fijado por el art. 5 de la Ley 23506.
- (9) La interpretación extensiva de los preceptos constitucionales es reconocida por la Ley guatemalteca de Amparo que en su art. 31 establece que “El Tribunal de amparo examinará todos y cada uno de los fundamentos de derechos alegados por las partes, analizará las pruebas y actuaciones y todo aquello que de lo actuado en el negocio resulte pertinente. Con base de las consideraciones anteriores pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución de la República cuando ésta fuere invocada, con el objeto de brindar la máxima protección en materia de amparo” (Fix-Zamudio: 1979 :245).
- (10) Ver “El Peruano” de 24-05-83 (Caso: Efraín Araoz C.).
- (11) ARTICULO 233.— Son garantías de la administración de justicia:  
6. La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.  
8. La inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

- (12) Nótese que en este caso la violación de realizarse atacaría no a un derecho adjetivo —“procedimiento irregular”— sino a un derecho sustantivo. Por lo tanto si interpretamos el artículo 5 de la Ley 23506 como que sólo permite la procedencia de las acciones de garantía contra violaciones sustantivas cuando de está ante un procedimiento que no es de la competencia del juez, y se nos presenta el caso que una autoridad judicial que sí es competente para conocer el proceso aplica por analogía una ley penal; tendríamos que, de acuerdo al citado art. 5 no cabría interponer una acción de garantía pues el juez sí es competente, lo cual haría que la norma inferior —art. 5 de la Ley 23506— no permita garantizar un derecho fundamental, restringiendo el alcance del art. 295 de nuestra Ley Fundamental.
- (13) Nótese que el término “cualquier autoridad” utilizado por la Constitución Mexicana de 1857 es idéntico al empleado por la nuestra.
- (14) La Comisión de Constitución del Senado propuso un proyecto sustitutorio —que era sustancialmente el mismo del Poder Ejecutivo— cuyo dictamen no indica la razón de la modificación del art. 5 ni el sentido de la norma.
- (15) La Exposición de Motivos señala “El artículo 5 contempla en forma novedosa, la utilización de las acciones de garantía (...) Concordado con este aspecto, el artículo 6 inciso b), prohíbe dichas acciones contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.
- (16) Tanto en el Senado como en Diputados no hubo modificaciones en relación a esta norma quedando literalmente igual a la del Anteproyecto elaborado por la Comisión.
- (17) Ver el capítulo 1, punto 3.
- (18) Caso: Rosa Tudela “El Peruano” de 19-07-83.
- (\*) La norma del Proyecto del Ejecutivo era más clara pues fijaba que “No proceden las acciones de garantía: 3) Cuando el agraviado opte por recurrir a la vía judicial ordinaria para la protección de un derecho constitucional conculado”.
- (19) “El Peruano” de 19-07-83.

## BIBLIOGRAFIA.

**ALSINA, Hugo**  
 1961 — Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar. Buenos Aires, Tomo IV.

**ALVARADO VELLOSO, Adolfo**  
 1954 — Enciclopedia Jurídica Omeba, Voz: Sentencia, Driskill, Buenos Aires, Tomo XXV.

**BACA D' LA ZOTA, Wilbert**  
 1983 — La acción de Amparo, en Revista de Policía Técnica, num 429, abril - junio.

**BIDART CAMPOS, Germán**  
 1966 — Derecho Constitucional, Ediar. Buenos Aires, tomos I y II.

**BOREA ODRIA, Alberto**  
 1977 — La Defensa Constitucional: el Amparo; Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Lima.

1981 — El Amparo en la Constitución de 1979, en “Derecho”, num. 35. P.U.C.

1982 — La Acción de Amparo, en Revista del Foro, num. 1, enero-junio.

**BURGOA, Ignacio**  
 1971 — El Juicio de Amparo, Ed. Porrúa, México.

**BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto**  
 1981 — Amparo contra sentencias, en “El Comercio”, pag. 2. Lima.

**CARNELUTTI, Francesco**  
 1971 — Derecho Procesal Civil y Penal: Derecho y Proceso, F.J.E.A. Buenos Aires, Tomo I.

- COUTURE, Eduardo  
1946 – Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en “estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”, Ediar, Buenos Aires.
- CHICHIZOLA, Mario  
1981 – Requisitos constitucionales para una sentencia válida, en “La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.
- FISNER, Isidoro  
1981 – Las Notificaciones Judiciales en el “debido proceso”, en Revista Jurídica “La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor  
1979 – El Derecho de Amparo en México y en España, su influencia recíproca, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, num. 7, enero-febrero.  
1968 – Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, UNAM, México.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo  
197 – El Habeas Corpus en el Perú, UNMSM. Lima.  
1983 – El Primer Fallo, el Tribunal de Garantías Constitucionales en “El Dominical” del Comercio, 10-07-83.
- GERPE LANDIN, Manuel  
1982 – El Recurso de Amparo Constitucional, en “Revista Jurídica de Cataluña”, num. 2, abril-junio.
- GRAU, Armando  
1961 – Improcedencia del Amparo contra actos judiciales y políticos “Revista de Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, Tomo V.
- YNGO VON MUNCH  
1979 – El Recurso de Amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania, en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, num. 7, ene-febrero.
- LAZZARINI, José Luis  
1967 – El Juicio de Amparo, Ed. La Ley, Buenos Aires.
- MEJIA, Miguel  
1972 – No hay lugar al recurso de amparo en negocios judiciales, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, num. 85-86, enero-junio.
- RUBIO CORREA, Marcial  
1981 – Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 1o. Edición.  
1983 – Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores, Lima, 2o. Edición.  
1984 – Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Lima PUC, Fondo Editorial.
- SAGUES, Néstor  
1979 – Ley de Amparo, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos  
1957 – El Constitucionalismo, sus problemas, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina.  
1978 – Enciclopedia Jurídica Omeba, Voz: Juicio de Amparo, Driskill. Buenos Aires, Tomo XVII.
- UGOLOTTI DANSAY, Humberto  
1978 – La doctrina de la inconstitucionalidad y la cosa juzgada, en “Revista del Foro”, num. 3, julio-diciembre.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo  
1981 – El marco constitucional de la sentencia, en “Revista Jurídica La Ley”, Buenos Aires, Tomo D.

# “El Principio de Legalidad en el Derecho Penal Peruano”

## (con algunas anotaciones al Proyecto de código Penal Peruano).

**José Carlos Bocanegra**

Alumno del 4to. ciclo, F. de Derecho - PUCP.

Existen ciertas garantías e instituciones creadas constitucionalmente en favor del individuo que limita todo el ámbito en que se desenvuelve el Derecho Penal.

José Hurtado Pozo dice al respecto: “El ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado cuya misión primordial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir al “Jus Puniendi”. Sin embargo es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines” (1).

El Derecho Penal define qué acciones son calificadas como infracciones y señala las penas que deben imponerse a sus autores. Diversos tratadistas del Derecho Penal indican que esta rama del Derecho tiene como funciones primordiales; la determinación de los actos de las personas calificadas como infracciones y las penas que dichos actos acarrean. Además es importante señalar que el Derecho Penal tiene como única fuente a la Ley.

Luis Jiménez de Asúa dice: “La única fuente productora del Derecho Penal es la Ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones” (2).

Entonces, podemos afirmar que la ley para el Derecho Penal es fuente y medida del poder sancionador del Estado.

Hurtado Pozo agrega que “el Principio de legalidad tiende igualmente a establecer exigencias en relación a la manera como el legislador redacta las disposiciones legales. Al respecto, muchos autores dicen con justicia: “Nullum crimen nulla poena sine lege certa” (3). Esto tiene en nuestro Derecho Penal confirmación ya que es necesario que la calificación de un hecho susceptible de sanción debe ser formulada de manera expresa e inequívoca.

Pero cabe preguntar: ¿ésta noción de certeza en el Derecho Penal es absoluta? “Al pretender exigir una total claridad y certeza de la ley, el legislador no tuvo presente, en primer lugar, que el lenguaje no es un instrumento exacto que permite reproducir con fidelidad la realidad de lo que se habla, en segundo lugar, no tuvo en cuenta la peculiar naturaleza de las normas jurídicas que no son sino fórmulas generales, elaboradas a través de un complicado proceso de abstracción y concreción. Como las palabras, éstas normas son “caracterizaciones, que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos están circundadas por una considerable zona de penumbra

en la que tendrán cabida los casos dudosos” (4).

Es entonces, que la realidad misma impone al Principio de legalidad cierta relatividad en cuanto a su aplicación.

La facultad de imponer una sanción por parte del Estado surge de ésta única fuente del Derecho Penal, y la acción de reprimir los actos calificados como delitos con la pena impuesta en su texto también tiene el mismo origen: La Ley.

Ahora bien, el Derecho Penal ha materializado el rol fundamental de las garantías en el llamado “principio de legalidad”, cuya expresión latina “Nullum crimen nulla poena sine lege” fue formulada por primera vez, por el jurista alemán Feuerbach.

Luis A. Bramont Arias contribuye a esclarecer el concepto del principio: “La sumisión del Derecho Penal a la Ley, como única fuente creadora de delitos y penas se conoce generalmente con el nombre de “principio de legalidad”. Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley” (5), de este modo únicamente a la ley se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que se estima susceptible de sanción penal.

La Asamblea de las Naciones Unidas, reunida el 10 de Diciembre de 1948, aprobó el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el cual adopta el referido principio en su art. II al declarar: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito”.

### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO

En el Perú, a través de la vida republicana se han proclamado repetidas veces el Principio de Legalidad. Desde el Estatuto Provisional de San Martín y en las sucesivas constituciones se han consagrado la inviolabilidad de la libertad civil.

En la Constitución de 1828, el art. 150o. declara: “Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

En el Código Penal de 1863, aparece el Principio en el art. 1o. que dice: “Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas”.

En la Constitución Política del Perú de 1979 po-

demos observar que entre los derechos de la persona, se establecen normas o garantías que regulan el ejercicio de la facultad que tiene el Estado para sancionar. En su art. 2o. inc. 20, letra d) se consagra el Principio de la Legalidad Sancionadora: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con penas no previstas en la ley".

El inc. 20, letra a) del mismo artículo, complementa el Principio "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

En el Código Penal vigente trata el principio que estudiamos en sus tres primeros artículos:

El art. 2o. dice: "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley..." ("nulla poena sine lege"). Y prosigue: "... ni sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada". Esta segunda parte establece la prohibición de toda alteración o modificación de la pena, cuya sanción se encuentra ya prevista en la ley.

El art. 3o. señala que "nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviera calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como (infracciones punibles)" ("nullum crimen sine lege"), este artículo prohíbe toda analogía a la que se podría recurrir para establecer una sanción a un acto que no ha sido tipificado en la ley, como también de recurrir a la retroactividad. Además en la Constitución de 1979, en el art. 233o. inc. 8, que corresponde al capítulo del Poder Judicial (Cap. IX), señala como garantía en la administración de Justicia, la inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

El art. 1o. del Código Penal es más bien una garantía de carácter procesal: "La privación o la restitución de derechos, a título de pena, sólo podrán ser impuestas en virtud de una condenación" ("nulla poena sine judicio"). El art. 233o. de la Constitución que establece las garantías en la administración de justicia, en su inc. 9 consagra el principio de "nulla poena sine judicio": "La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso...".

Luis Jiménez de Asúa dice acerca de la máxima: "El monopolio que establece la ley en cuanto a la producción de Derecho Penal se expresa, como es sabido, en la máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege" complementada por los conocidos aforismos "Nemo iudex sine lege" y "Nemo damnatur nisi per legale iudicium" (6). Explicando lo anterior, el mismo Jiménez de Asúa señala que "los códigos penales suelen decir: nadie será castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible ante la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

El llamado principio de reserva de la ley, que complementa éste y que impide la analogía en nuestra disciplina se halla establecido en las constituciones; todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe". (7).

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROYECTO DEL CODIGO PENAL (1984)

Las garantías de la ley penal se encuentran situadas en el Título I de las Disposiciones Generales del Proyecto.

Este Título I, consta de cinco artículos, de los cuales los dos primeros y el último desarrollan el principio que estudiamos.

El art. 1o. que se inspira en el art. 3o. del Código Penal vigente y del inciso 20 letra d) del art. 2o. de la Constitución, dice: "Nadie será procesado o condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuvieren previamente calificados en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracciones punibles...". En este primer párrafo se establece el principio tratado anteriormente: "Nullum crimen sine lege".

El segundo párrafo de la primera parte configura la prohibición de aplicar por analogía la ley penal, para constituir un hecho en delito: "... En ningún caso se podrá configurar hechos delictuosos por aplicación analógica de la ley penal". Por lo expuesto, este primer artículo está acorde con el art. 233o. inc. 8 de la Constitución.

A toda esta parte del primer artículo, se ha añadido un párrafo en el que se señala que "Las medidas de seguridad sólo se aplicarán a quienes reúnan las condiciones previstas en la ley penal".

Es importante señalar que a diferencia del actual Código Penal el Proyecto trata a las penas en el Título IV separadamente de las Medidas de Seguridad que se encuentran tipificadas en el Título XV. Las Medidas de Seguridad, que prevé el artículo 103o. del Proyecto se clasifican en Curativas, de Vigilancia y de Internación.

El art. 2o. afirma que: "Nadie será condenado a sufrir pena o sentencia a medida de seguridad distintas a las que sancionadas en la ley, ni a cumplir pena diferente a la prevista para la infracción juzgada".

El principio del "Nulla poena sine lege" se hace presente en esta primera parte del artículo. La última parte de este art. 2o. que dice: "No hay pena de muerte para los delitos tipificados en este código", cumple con lo consagrado en la Constitución en el art. 235o., que establece dicha abolición, estableciendo la pena de muerte sólo por traición a la patria en caso de guerra exterior.

La presunción de inocencia que está consagrada en la Constitución en el art. 2o. inc. 20 letra f): "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad", ha sido recogido por el art. 5o. del Proyecto consagrando así una elemental garantía para toda persona que es sometida a un proceso penal: "La persona sometida a proceso por la comisión de un delito tiene derecho a la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad en sentencia condenatoria y firme". Partiendo de este principio podemos deducir que cualquier persona sometida a un proceso penal será absuelta por el principio del "Indubio Pro Reo", si no se ha probado su responsabilidad. Así mismo de este art. 5o., deducimos también, que to-

da persona será impuesta por una sentencia judicial. (“Nulla poena sine judicio”).

Posteriormente en el Proyecto del Código Penal ya revisado (\*) se ubica el Principio de legalidad en el Título Preliminar, en su art. III complementado por el art. I. El Título Preliminar trata de las garantías que la ley otorga a las personas que son procesadas en la vía penal.

El art. I recoge una garantía de carácter procesal que se inspira en el artículo 1o. del Código Penal vigente (1924) y que vuelve a ser incorporada aunque el primer proyecto no la tomó en cuenta.

El art. III dice: “Nadie puede ser condenado por hecho no tipificado en la ley, de manera previa y expresa, como delito o falta...” Esta primera parte recoge el aforismo latino “Nullum crimen sine lege”, consagrado por la Constitución de 1979 (art. 233o. inc. 8), y en relación al art. V del Título Preliminar del Proyecto: “La Ley Penal es inaplicable por analogía”. La segunda parte del art. III dice: “... ni sufrir pena o medida de seguridad distintas de las que ella (La ley) establece para la infracción juzgada”. Esta última parte consagra el Principio del “Nulla poena sine lege”.

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA FACULTAD LEGISLATIVA

En doctrina, una de las consecuencias que se deriva del Principio de Legalidad, es la prohibición de delegar la facultad legislativa penal.

Bramont Arias dice al respecto: “La garantía de la legalidad implica en el régimen republicano, que su-

pone la división de Poderes del Estado, que el Poder Legislativo no puede pasar el ejercicio de su poder sancionador de la ley penal, ni al Poder Ejecutivo ni al Judicial, por ser una atribución privativa o exclusiva del Congreso” (8).

Sin embargo, el art. 188o. de la Constitución permite tal delegación cuando señala que “el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa”.

A través del art. 211o. inc. 11 de la Constitución, se otorga al Poder Ejecutivo la facultad “reglamentaria”, ésta sólo “consiste en la autorización que tiene el Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de las leyes” (9) (10). Pero la creación de delitos y penas, es más que una simple reglamentación, es la esencia de la propia ley. Es entonces, que el Poder Ejecutivo no puede valerse de esta facultad para expedir alguna ley penal, sustituyendo al Legislativo como “titular de la facultad represiva penal”. El reglamento debe operar de acuerdo a la ley, más no más allá ni contra la ley, pues si así lo hiciera, cabría la posibilidad que se trasgrediera o desnaturalizara las leyes penales.

En conclusión, el excesivo o mal uso de las facultades legislativas puede constituir un peligro, cuando se accionan para transformar en leyes todas las voluntades del Poder Ejecutivo. Si se diera este caso se pondría en riesgo la libertad del individuo.

Es por esto que el Principio de Legalidad constituye una garantía fundamental para los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado.

(1) HURTADO POZO, José; “La interpretación de la Ley (Penal) en el Derecho Penal”, en Revista Derecho No. 32, Lima, 1974, p. 162.

(2) JIMENEZ DE ASUA, Luis; “La Ley y el Delito”, Madrid, 1980, Capítulo X, p. 92.

(30) HURTADO POZO, José; “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Lima, Sesator p. 68.

(4) CARRIO, Genaro; “Algunas palabras sobre las palabras de la Ley”, Buenos Aires, 1973, p. 68.

(5) BRAMONT ARIAS, Luis; “La Nueva Constitución y el Derecho Penal”, Lima, 1980, p. 27.

(6) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op.cit., p. 96.

(7) JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., p. 69.

(\*) La Comisión Revisora del Proyecto del Código Penal presidida por el senador Alva Orlandini dispuso la publicación del Proyecto Revisado del Código Penal a partir del Sábado 20 de Octubre de 1984 a través del Diario Oficial “El Peruano”.

(8) BRAMONT ARIAS; Op. cit., p. 33.

(9) BRAMONT ARIAS; Op. cit., p. 32.

(10) Sobre el particular ha dicho Hurtado Pozo que los Decretos Supremos y los Reglamentos “no tienen otro fin que el de determinar y particularizar los modos de aplicación de las leyes”. HURTADO POZO, José; “Manual de Derecho Penal”, p. 64.

# Comentarios de Jurisprudencia

Se suele afirmar que frente a la inercia de las leyes, la jurisprudencia se alza como el derecho vivo, en movimiento, que a través de la interpretación y aplicación de las normas y principios jurídicos se convierte en una verdadera fuente del Derecho. Esta sección pretende ratificar dicha afirmación presentando en cada edición comentarios preparados por estudiantes de Derecho en base a recientes resoluciones judiciales y/o administrativas que resulten siendo de interés general. El riguroso cuidado observado tanto en la selección de las resoluciones a comentarse, cuanto en la elaboración de los comentarios, constituye garantía suficiente de la calidad del material que aquí se difunde. Como es evidente, las colaboraciones de los estudiantes de Derecho para esta sección son bienvenidas.

## RETRACTO

1. *Que interviniendo el Supremo Tribunal, en virtud de haberse declarado fundada la queja por denegatoria del recurso de nulidad, en razón de presuntas irregularidades procesales.*
2. *Al declararse fundada la queja en consecuencia debe sustituirse en calidad de compradores del mencionado inmueble, en las mismas condiciones que figura en el contrato de compra-venta celebrada entre los demandados, debiéndosele otorgar oportunamente la respectiva escritura de traslación de dominio.*

## RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 31/84. – Procede de Lima.

Lima, cinco de marzo de mil novecientos ochenticuatro.

VISTOS; con el acompañado; por los fundamentos de la sentencia en primera instancia; y CONSIDERANDO además: que este Supremo Tribunal interviene en esta causa en virtud de haberse declarado fundada la queja por denegatoria del recurso de nulidad, en razón de presuntas irregularidades procesales, como se aprecia de la resolución que en copia obra a fojas doscientos cuarenta y nueve; que, en efecto, si bien es cierto que el término de sesenta días señalado en el artículo veintidós del Decreto Ley número veintiún mil novecientos treintiocho es, como lo ha considerado la de Vista, uno de caducidad y no de prescripción, también lo es que se ha invocado ésta en vía de excepción que ha sido tramitada y resuelta como tal en la apelada declarándose infundada, extremo éste que la de Vista acertadamente ha confirmado; que, de otra parte, si bien los vendedores demandados ofrecieron al demandante el bien en la suma de ochocientos cincuenta mil soles el nueve de febrero de mil novecientos setenta y nueve, según notarial de fojas sesentiocho y pagaderos al cincuenta por ciento como cuota inicial y el otro cincuenta por ciento hasta en cincuenta letras con el interés legal vigente, al rebatir, y con hipoteca legal para garantizarse el pago del saldo de precio, ésto es, cancelándose totalmente éste en el término de cuatro años y dos meses, en oferta que el demandante no contestó, habiéndose vendido posteriormente dicho bien en la menor suma de setecientos mil soles que, si resultó pagada en su integridad a los vendedores, sólo lo fue en parte por los compradores igualmente demandados, desde que esa compra-venta fue hecha con intervención del Banco Continental que dio en mutuo a su empleado comprador, Juan Becerra Burgos, la suma de quinientos noventa y cinco mil soles al momento de suscribirse la escritura pública correspondiente, mutuo cuyo reembolso con sus intereses y gastos se efectuará en el plazo de quince años a partir del otorgamiento de dicho instrumento, cuyo testimonio corre a fojas ciento treintiocho y siguientes, como resulta de las cláusulas adicionales insertas en el mismo y, señaladamente, de la primera, tercera y punto "A" de la cuarta, habiendo resultado pues que no sólo el bien se vendió en menor precio, no ofrecido previamente y con arreglo a ley al demandante, sino que también la cancelación total del precio por parte de los compradores ha devenido diferido al dilatado lapso de quince años, para abonar esa menor suma de sólo setecientos mil soles; que la circunstancia de abonar arriendos al expresado Juan Becerra Burgos por parte del demandante, mostrando su buena fe, es irrelevante y se encuentra al margen del derecho por cuya virtud se acciona; declararon: HABER NULIDAD en la recurrida de fojas doscientos treinticinco, su fecha seis de

mayo del año próximo pasado, en cuanto revocando la apelada de fojas doscientos diez, fechada el veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochentidos, declara infundada la demanda de fojas diecisiete, reformándola en este extremo la declararon: FUNDADA y, en consecuencia, que don Víctor Vallvé Morales se sustituye a don Juan Becerra Burgos y a la esposa de éste, doña Rosa Sifuentes Machuca de Becerra, en su calidad de compradores del inmueble ubicado en la calle Machu Picchu número trescientos sesentacuatro de la Urbanización Villacampa, del Distrito del Rímac, en las mismas condiciones que figura en el contrato de compra-venta celebrado entre los codemandados, debiéndosele otorgar oportunamente la respectiva escritura de traslación de dominio: sin costas; en los seguidos por don Víctor Vallvé Morales con doña Ascención Delgado Quintin de Jiménez y otro, sobre retracto; y los devolvieron – BARROS CONTI – GANOZA – FLORES – UGARTE DEL PINO – TARA-ZONA . Se publicó conforme a ley. – Bernardo del Aguilá Paz, Secretario General de la Corte Suprema.

El recurso de nulidad constituye un extraordinario medio de defensa, razón por la que se limita su aplicación a la cuantía del derecho que se encuentra en litigio. El artículo 1125 prescribe que "no hay lugar al recurso de nulidad en las causas cuyo interés no pasa del monto de 60 sueldos mínimos vitales, señalados para la Industria y Comercio para la Provincia de Lima, vigente a la iniciación del Año Judicial en que se interpone.

Bajo tal concepto, ya en enero de 1981, fecha aproximada en que se interpone la demanda en cuestión, el equivalente a 60 salarios mínimos vitales para Lima equivalían a la suma de 1'643,000 soles oro, cantidad muy superior a la cuantía de lo que se estaba discutiendo, la misma que en cualquier caso no podría ser superior a 850,000 soles.

Desde este punto de vista, no resulta temerario afirmar que la Sala sobrepasó sus facultades, cuando por el hecho de conocer una queja por denegatoria de recurso de nulidad, resolvió sobre el fondo del asunto.

En cuanto a la Resolución de la Corte Suprema, es además criticable el criterio que se tiene para fundamentar su determinación. Es así que si bien es cierto se ofreció a los demandantes la venta del inmueble materia de esta acción de retracto en la suma de 850,000 soles oro, que debía pagar el 50 o/o como cuota inicial y el saldo en cincuenta letras mas el interés legal vigente a la fecha, al rebatir, resulta inoperante que dicha Resolución señale la existencia de una hipoteca legal, como si fuera una carga más, ya que dicha garantía, funcionaba en el Código Civil de 1936, en forma automática; es cierto también que en el plazo de 60 días no manifestó su voluntad de adquirir el inmueble. Ahora bien, el artículo 22 del Decreto Ley número 21938, señala que "si el inquilino no fuera advertido de la transferencia o en el caso que ésta se produjera en condiciones más favorables que las ofrecidas a él mismo, podrá ejercer el derecho de retracto dentro de un término de 60 días, computado a partir de la fecha en que tomó conocimiento de dicha transferencia.

No creemos que la aplicación de este mandato pueda favorecer a los demandantes. Al efecto, no es de aplicación el primer supuesto, ya que fue advertido oportunamente de la venta del inmueble y no hizo uso de su derecho preferencial.

En lo que respecta al segundo supuesto: condición más favorable. Consideramos que no es así, ya que en primer lugar no han sido simultáneos ambos ofrecimientos, tal que debemos suponer, que el segundo de ellos se produjo con posterioridad de 60 días o más del que se hizo a los demandantes. No es posible considerar ya que nadie lo aceptaría, que el hecho de ofertar en venta al inquilino, se está creando una absoluta y perenne carga a favor de él. La norma que nos referimos, Decreto Ley 21938, señala un único plazo. Este está constituido por los 60 días en los cuales el inquilino tiene la preferencia para comprar. De otra manera, la inseguridad en las transacciones de esta naturaleza, sería el denominador común.

Concordando el derecho del inquilino, con el derecho del comprador, se debe entender que si dentro de los 60 días en que el primero recibió el aviso de que el bien se encontraba en venta, resulta un ofrecimiento mejor, su derecho a sustituirse corre por un plazo de 60 días desde dicha oportunidad, y éste criterio debe ser aplicado en vista de mantener el equilibrio de intereses y derechos. Al efecto, en este caso, la injusticia en perjuicio del comprador es evidente, como evidente es el enriquecimiento indebido del demandante ya que si se compara el valor adquisitivo de 850,000 soles abonados el año 1979 con el dólar a 100 soles, con los 850,000 soles que recibe el año 1984 a 5,000 soles por dólar, el beneficio de una y el desmedro de otro es evidente y en cualquier caso ilegal.

La Sala, tratando de justificar su Resolución afirma cándidamente, que resulta un elemento comprobatorio del más ventajoso ofrecimiento hecho en favor del demandado, que éste a pesar de haber cancelado el inmueble al contado, lo hace en realidad en un plazo más largo que el ofrecido al demandante, pues si bien pagó en una sola armada, la suma resultante la recibió en mutuo de una entidad bancaria, a la que debe cancelar en 15 años. Este elemento no está, ni puede estar contemplado en el Decreto Ley 21938, pues este dispositivo como es lógico sólo se refiere a la relación y condiciones a que se deben sujetar únicamente el propietario, el inquilino interesado en comprar y el tercero adquirente.

### Lorena del Aguilá

Alumna del 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la P.U.C.

## BOLETA UNICA DEL LITIGANTE

*El incumplimiento por parte del demandante de la obligación contenida en el art. 1o. de la Ley 23322, que crea la Boleta unica del litigante, no se sanciona con la inadmisibilidad de la demanda.*

Lima, diecinueve de junio de mil novecientos ochenticuatro.

*VISTOS; por los fundamentos de las resoluciones recurridas; y CONSIDERANDO además que a diferencia de la declaración jurada de autoavaluo y pago del impuesto al patrimonio predial no empresarial que se exigen como requisitos de admisibilidad de la demanda, desde que la norma establece que para ejercitarse una acción en que se contravierta derechos inmobiliarios deberá acompañarse dichos documentos sin los cuales no será la demanda admitida a trámite, la boleta única de litigante, tasa a la que se refiere la ley veintitrés mil trescientos veintidós no reviste el mismo carácter precisamente por la diferencia de tributación, por lo que si bien el artículo primero de la acotada al crear dicha tasa establece que esa boleta "se utilizará obligatoriamente al inicio o contestación de cualquier proceso judicial, el incumplimiento de esa obligación por parte del demandante no se sanciona con inadmisibilidad del recurso, por lo mismo que al demandado también se le exige el pago de la tasa al contestar la acción; que lo expuesto en el considerando anterior explica que en el último párrafo del artículo segundo de la ley acotada se establezca que al regularse las costas se incluirá el valor de dicha boleta; que en el presente caso el actor ha dado cumplimiento parcial a la utilización de esa boleta con resultado diminuto, pero no es el caso de que reintegre cuanto por cuantía le corresponda, de acuerdo a la segunda parte del artículo segundo de la expresada disposición legal, porque habiendo ganado en las dos instancias y habiéndose observado no haber nulidad, deberá tenerse únicamente en cuanto por el Juzgado que al condenado en costas pague el valor dejado de pagar por el demandante; declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticinco, su fecha veintiuno de noviembre del año próximo pasado que confirmando la apelada de fojas cincuentitrés, de fecha veinticinco de agosto del mismo año, declara FUNDADA la demanda interpuesta a fojas once; y, en consecuencia ordena que la firma demandada desocupe el inmueble materia de litis en el plazo de seis días; con lo demás que contiene y es materia del recurso: con costas; condenaron en las del recurso y en la multa de un mil soles a la parte que lo interpuso; MANDARON: que al regularse las costas procesales se observe por el ejecutor y su secretario lo dispuesto en la parte considerativa de la presente resolución, la misma que deberá ser tenida en consideración por el Juez de la causa y por la Sala Civil en casos similares para los oportunos reintegros a que hubiera lugar por razón de pago incompleto de la boleta que corresponda en los seguidos por la Sucesión Abraham Cahúas Ananías con Supermercados EPSA Sociedad Anónima, sobre desahucio; y los devolvieron. – Señores: BARROS. – GANOZA. – UGARTE. – TARAZONA. – Bernardo del Aguila Paz. – Secretario General.*

### VOTO DEL SR. ESPINOSA

*VISTOS; y CONSIDERANDO: que la Ley veintitrés mil trescientos veintitrés que crea la boleta única del litigante establece en su artículo primero que ésta se utilizará obligatoriamente al inicio o contestación de cualquier proceso judicial que, en el presente caso, al no haberse presentado dicha boleta con el valor exacto que por la cuantía del proceso correspondía no se ha dado cumplimiento a la exigencia de admisibilidad establecida en el dispositivo legal primeramente citado; por lo que: MI VOTO es porque se declare INADMISIBLE la acción planteada. – SR. ESPINOSA. – Se publicó conforme a ley. – Bernardo del Aguila Paz. – Secretario General de la Corte Suprema.*

Pág. – 2386.

¿Es la Boleta Unica del Litigante un requisito de admisibilidad de una demanda judicial?

La Ley 23323 de 20 de noviembre de 1981 que crea la Boleta Unica del Litigante, ordena que ésta se utilice obligatoriamente al inicio o contestación de cualquier proceso judicial, y establece asimismo los

distintos valores de la boleta que corresponden a los procedimientos según su cuantía.

Una interpretación literal del artículo 1o. de la citada ley permitiría concluir que no puede interponerse ni contestarse acción judicial alguna sin acompañar la Boleta correspondiente. Tal interpretación fue recogida por los jueces de Primera Instancia de Lima,

quienes comúnmente no admitían a trámite las demandas o recursos de contestación, sin la mencionada boleta, aún en los procedimientos no contenciosos tales como diligencias preparatorias y declaración de herederos. Los litigantes así, ante el mandato de la Ley 23323 y la exigencia de los magistrados, no dejan de acompañar a sus primeros recursos la Boleta correspondiente. Es decir, la presentación de tal Boleta constituía un requisito de admisibilidad de la demanda, además de los requisitos exigidos por el artículo 306o. del Código de Procedimientos Civiles, aplicable a todo procedimiento.

Tal interpretación fue recogida por el reglamento de la Ley 23323 aprobado por el Decreto Supremo No. 002-82 JUS de 5 de enero de 1982, el mismo que en su artículo 1o. establece que la Boleta Unica del Litigante "será de obligatoria utilización al inicio o contestación o apersonamiento a procesos judiciales contenciosos o no contenciosos, sin cuyo requisito no será admitido el recurso, con las excepciones contenidas en el artículo 4o. de la Ley" (el demandante en los juicios de alimentos, juicios ante Juzgados de Paz no letrados, juicios penales y laborales).

Sin embargo, la Corte Suprema de la República, en Ejecutoria de 19 de junio de 1984, con el voto discordante de uno de sus miembros, estableció en uno de sus considerandos que el incumplimiento de la obligación del demandante de presentar la Boleta no se sanciona con la inadmisibilidad de la demanda.

¿Qué motivos llevaron a la Corte Suprema a interpretar de manera distinta el artículo 1o. de la Ley 23323?

En los considerandos de la Ejecutoria citada, la Corte señaló que la obligación de presentar la Boleta es distinta a la obligación de presentar la declaración jurada de autoavalúo y el comprobante del pago impuesto a la propiedad predial, porque ambas obligaciones contienen tributos de distinto carácter y porque el artículo 22o. de la Ley 23552, que regula el impuesto al valor de la propiedad predial y el artículo 23o. del Decreto Supremo 052-77-VC, establecen expresamente que de no presentarse con la demanda éstos últimos documentos en los juicios donde se contravierta derechos sobre inmuebles, aquella no será admitida a trámite. La ley que crea la Boleta Unica del Litigante no señala tal consecuencia en caso de omisión de su presentación. Luego, al no existir sanción en la ley, la omisión no acarrearía la inadmisibilidad del recurso. Empero, debe señalarse que la Corte no hizo mención a la sanción contenida en el artículo 1o. del Reglamento antes mencionado.

La no aplicación del artículo 1o. del Reglamento, según el cual no debería haberse admitido la demanda sin la correspondiente boleta puede tener una explicación en la interpretación que hizo la Corte del artículo 1o. de la Ley 23323: Si la ley no contempla sanción de inadmisibilidad, mal puede su reglamento crear tal consecuencia. Entonces ante la incompatibilidad creada, el Juez debe preferir la norma legal sobre la subalterna en aplicación del mandato contenido en el artículo 236o. de la Constitución. Así podría entenderse el por que la Corte aplica la ley y no el reglamento.

Además, la Corte refuerza esta interpretación en el hecho que la Ley 23323 también exige al demandado la presentación de la boleta en su recurso de contestación. Finalmente, el Supremo Tribunal dice que el hecho que la citada ley disponga que en el pago de las costas se incluirá el valor de la boleta, explica que la omisión de su presentación no se sancione con la inadmisibilidad del recurso: necesariamente el condenado en costas pagaría el valor de la boleta no presentada.

El voto discordante se fundamentó en una interpretación literal del artículo 1o. de la Ley 23323, la que exige, como hemos señalado anteriormente, la utilización obligatoria de la Boleta en cualquier proceso judicial. En el presente caso, el demandante no cumplió con presentar la boleta con el valor exacto correspondiente, en consecuencia el Vocal en desacuerdo opinó que no se había dado cumplimiento a la norma citada, y votó por la inadmisibilidad de la demanda.

De haber recogido la Corte esta interpretación literal, hubiese significado para las partes el nuevo inicio de un procedimiento en el que el demandante ya había probado su derecho, y, aún más, éste había sido amparado por el Juez de Primera Instancia y la Corte Superior.

Pero la Ejecutoria de 19 de junio de 1984 marca un hito en una nueva corriente de la Corte Suprema: menos formalismo, sin trasponer los marcos legales, en aras de una mejor administración de justicia.

Tal corriente se explica en el hecho que durante años algunos largos procedimientos fueron declarados nulos e insubstinentes por la inobservancia de un requisito que muchas veces no incidía en el fondo de los derechos en litigio. El carácter de orden público de las normas procesales se imponía muchas veces sobre lo sustantivo, lo que ocaionaba entre los litigantes sentimientos de frustración y desconfianza en el Poder Judicial.

La interpretación de la Ley 23323, tal como ha sido realizada por la Corte Suprema, realza la labor de los magistrados como creadores de derecho. En efecto, al desentrañar una norma en su verdadero sentido y alcance, buscando una solución justa, los jueces crean una regla o principio ahí donde no existían. Así crecen las posibilidades de alcanzar justicia en los tribunales peruanos.

### **José Manuel Abastos**

Alumno del 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la P.U.C.

## EXENCION Y EXONERACION

El término "exención" debe de entenderse, según sea el caso, como sinónimo de exoneración (si está referido al sujeto del impuesto) o como sinónimo de inafectación (cuando está referido al supuesto de hecho del Tributo). Nunca como sinónimo de inmunidad.

No procede la aplicación de una norma reglamentaria si la misma es contraria a la ley, por el principio de legalidad. Por vía de interpretación no pueden concederse exoneraciones.

### RESOLUCION DEL TRIBUNAL FISCAL No. 18422.

Interesado: Banco Agrario del Perú S.A.

Asunto: Impuesto a la Renta (Consulta)

Provincia: Lima

Lima, 25 de Mayo de 1984.

Vista la apelación interpuesta por el Banco Agrario del Perú S.A. contra la Resolución No. 325-10-00336, expedida el 4 de abril de 1983, por la Dirección General de Contribuciones, que declara sin lugar su reclamación sobre impuesto a la renta de 1978 y 1979 y, la consulta formulada por la Dirección General de Contribuciones, al amparo del Artículo 114o. del Código Tributario, de la antes mencionada Resolución;

#### CONSIDERANDO:

Que la Resolución No. 336 desestima las reclamaciones planteadas, con el argumento básico que el impuesto a la renta requiere de norma exoneratoria expresa, norma de la que carecía el Banco recurrente durante el periodo acotado;

Que no obstante lo resuelto, la mencionada Dirección General considera que lo dispuesto por el Decreto Ley 22273, que da plena vigencia al Decreto Ley 21227, y el Decreto Legislativo No. 201, originan un conflicto de leyes, por lo que se dispone se eleve en consulta la Resolución 336;

Que el Artículo 99o. del Decreto Ley 21227 cuando estableció que el Banco Agrario del Perú estaba exento de todo impuesto, utilizó el término exento como sinónimo de exoneración; no de inmunidad;

Que la inmunidad solo puede ser establecida por la Constitución;

Que toda otra norma de menor jerarquía, cual es la ley, lo que establece son exoneraciones, cuando están referidas al sujeto, y pueden ser variadas, recortadas o modificadas por otra ley;

Que la jurisprudencia de este Tribunal, con respecto al Banco Agrario, sobre otros tributos, que requieran de norma exoneratoria expresa, en innumerables resoluciones, ha dejado establecido la obligación al pago del tributo por parte del Banco y considerado insuficiente la exención invocada al amparo del Artículo 99 del Decreto Ley 21227.

Que conforme al mandato imperativo contenido en la norma del Artículo 112o. del Decreto Supremo 287-68-HC, si el legislador quiere conceder exoneración del impuesto a la renta tiene que incluir este tributo en forma expresa y si no lo hace, no puede presumirse su concesión, sino que simplemente no se ha querido exonerar del impuesto a la renta;

Que la Ley Orgánica del Banco Agrario aprobada por Decreto Legislativo No. 201, en sus Artículos 70o. y 71o., al establecer que a partir de su vigencia, el Banco estará sometido al régimen tributario común, se refiere evidentemente al régimen de excepción del que venía gozando, pues estaba exonerado de todo tributo que no requiriese de norma expresa para su exoneración;

Que dicha norma en modo alguno convalecía la exoneración del impuesto a la renta, pues como se ha analizado, el Banco no tenía norma expresa que lo exonerara del impuesto a la renta;

Que el Artículo 240o. del Estatuto del Banco Agrario, aprobado por Decreto Supremo 98-82-EFC, contiene una interpretación equivocada de la legislación vigente y contradice lo normado en el Artículo 112o. del Decreto Supremo 287-68-HC, dispositivo que tiene rango de ley;

Que conforme a lo normado en el último párrafo del Artículo 112o. del Código Tributario del Tribunal Fiscal al resolver preferirá la norma de mayor jerarquía;

Que tal mandato concuerda con el segundo párrafo del Artículo IX del Título Preliminar del citado Código, según el cual, en vía de interpretación no pueden concederse exoneraciones y con el principio de legalidad que informa al Derecho Tributario;

Que por tanto es procedente la Resolución 336 en cuanto dispone la cobranza del impuesto a la renta por los años 1978 y 1979;

Que sin embargo, en cuanto a los recargos e intereses, procede sean dejados sin efecto en aplicación del Artículo 155o. del Código Tributario, dada la duplicidad de criterios existentes en la interpretación de las normas por las que se rige el Banco Agrario;

*De acuerdo con el dictamen del Vocal señor Zolezzi Möller, cuyos fundamentos se reproduce:*  
**RESUELVE:**

*CONFIRMAR la Resolución No. 325-10-00336, de 4 de abril de 1983, en cuanto dispone la cobranza de los impuestos girados; y, REVOCARLA en lo referente a los recargos e intereses que ella contempla, los que deben dejarse sin efecto; y, HACER presente a la Dirección General de Contribuciones que deben empezar a computar recargos e intereses a partir del décimo sexto día de notificada la presente resolución, si es que dentro de dicho plazo el contribuyente no cumple con pagar los impuestos adeudados.*

*Regístrate, comuníquese y devuélvase a la Dirección General de Contribuciones, para sus efectos.*

*MONZON, Vocal Presidente. – ZOLEZZI, Vocal. – LLONTOP, Vocal, ROSPIGLIOSI, Vocal. – Amézaga de Osorio, Secretario Relator Letrado.*

En el presente caso, el contribuyente vale decir el Banco Agrario, estuvo exonerado del pago del Impuesto a la Renta en virtud de los artículos 18 y 114 del Decreto Supremo No. 287-68-HC que exoneraba a las empresas públicas como era el caso del Banco Agrario. Esta exoneración quedó sin efecto por el Decreto Ley 21382 precisado por el Decreto Ley No. 21997 por lo que cabe señalar que antes del año 1978, el Banco Agrario no tributaba el Impuesto a la Renta por las razones ya expuestas. Así mismo, el Decreto Ley No. 22273 que da plena vigencia al D. Ley No. 21227 en su art. 99 establecía que el Banco estaba "exento" de todo impuesto, contribución, tasa o gabela entre otros. El Banco entendió que esa norma incluía la "exención" del pago del Impuesto a la Renta y entendió que el art. 112 del D. Supremo No. 287-68-HC se refería a normas exoneratorias y no a normas de exención y que la norma de exención tendría que haber sido derogada expresamente. Como el Banco durante años anteriores había estado gozando de un régimen de excepción (que incluía al Impuesto a la Renta) ésta situación continuaba en virtud del Decreto Ley No. 21227 pero no incluía al Impuesto a la Renta. Es así que el Banco omitió tributar el Impuesto a la Renta correspondiente a los ejercicios 1978 y 1979.

Posteriormente el Decreto Legislativo No. 201 del 12 de junio de 1981 (Ley Orgánica del Banco Agrario) reincorpora dicho Banco al régimen común tributario a partir de su entrada en vigencia pues el Banco había estado exonerado del pago de todo tributo que no requiriese norma expresa para su exoneración. Así mismo por Decreto Supremo No. 98-82-EFC del 2 de abril de 1982 se aprobaron los Estatutos del Banco Agrario y en su art. 240 se declaró que el régimen de excepción tributaria que había venido gozando el Banco hasta la derogatoria del Decreto Ley No. 21227 incluía la inafectación del Impuesto a la Renta entre otros.

Como podemos apreciar, de los hechos referidos se desprende claramente que son dos los puntos fundamentales en controversia:

En primer lugar, ¿los términos "exento" o "exención" son sinónimos de "exoneración" o de "inmunidad" inclusive? si el término "exento" ha sido utilizado refiriéndose al sujeto del impuesto entonces tenemos que debe de entenderse como sinónimo de exoneración ya que la doctrina nos dice que existe exoneración cuando por virtud de una ley se dispensa a un sujeto determinado del pago de un tributo. En cambio no debe de entenderse como sinónimo de inmunidad ya que ésta sólo puede establecerse por la Constitución del Estado como por ejemplo en el art. 32 de nuestra Constitución con respecto a las universidades y centros educativos y culturales. De otra

manera, cuando el término "exento" se encuentra vinculado con el objeto del gravamen o supuesto de hecho del tributo nos encontramos ante una inafectación lo que vale decir que el hecho está fuera del campo de la tributación.

En el presente caso, el Decreto Ley 21227 nunca exoneró al Banco Agrario del pago del Impuesto a la Renta por no haberlo mencionado expresamente en su texto (art. 112 D. Supremo No. 287-68-HC correlativo al art. 106 del Decreto Legislativo No. 200) e igualmente el Decreto Legislativo No. 201 nunca convalidó, como lo creyó el Banco, la exoneración o exención del Impuesto a la Renta, pues nunca lo estuvo por no tener norma exoneratoria expresa. Y es así que llegamos al Decreto Supremo No. 98-82-EFC, que declara que el régimen de excepción que venía gozando el Banco hasta la derogatoria del D. Ley No. 21227 incluía la inafectación del pago del Impuesto a la Renta, por lo tanto incurre, al menos con respecto al Impuesto a la Renta, en una interpretación equivocada de la ley y contradice lo normado por el art. 112 del D. Supremo No. 287-68-HC.

Y en segundo lugar se cauta el principio de legalidad y la aplicación de la jerarquía de normas. Ya que el D. Supremo No. 287-68-HC tiene rango de ley, ésta debe de prevalecer sobre cualquier otro dispositivo de menor rango que viole lo normado en la ley (art. 112 del Código Tributario). Igualmente, en virtud del segundo párrafo del art. IX del Título Preliminar del Código Tributario, en vía de interpretación no puede concederse exoneraciones como es el caso del Decreto Supremo No. 98-82-EFC que interpretaba exonerando al Banco Agrario del pago del Impuesto a la Renta. Cabe añadir que ésta no es la primera resolución del Tribunal Fiscal que se pronuncia sobre el término "exento", hubo otras como las resoluciones Nos. 11445 y 15618 por ejemplo. Es importante observar que éstas confusiones y falsas interpretaciones no son otra cosa que el fruto de nuestra compleja y poco clara legislación tributaria. De ser nuestras leyes tributarias claras y objetivas podríamos decir en palabras del jurista brasileño Geraldo Ataliba que "... se impone que el legislador adopte fórmulas simples, calras y objetivas en la elaboración de las leyes. Esto tendrá el doble efecto de hacerlas didácticas y fácilmente comprensibles, mejorando la relación entre la Administración y los contribuyentes, reduciendo las fricciones y promoviendo la comprensión mutua". (Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario No. 6).

**Alfredo Gildemeister R.H.**

Alumno del 6to. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP.

## CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Lima, nueve de abril de mil novecientos ochenticuatro.

*VISTOS: con el acompañado; y CONSIDERANDO: que el artículo trescientos cuarentidós de la Ley de Sociedades Mercantiles reconoce validez de los contratos que la sociedad irregular celebre con terceros; que el artículo trescientos cuarenta de la misma ley, establece que quienes realicen actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular responden solidaria e ilimitadamente por el cumplimiento de dichos actos frente a terceros; que "contrario sensu" quienes contraten a nombre y en representación de una sociedad irregular están en la posibilidad legal de exigir su cumplimiento sin que pueda oponerse las limitaciones de la representación: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento cuatro, su fecha quince de abril de mil novecientos ochentitres, que revocando la apelada de fojas ochentidós, fechada el siete de octubre de mil novecientos ochentidós, declara fundada la excepción de falta de personería; con lo demás que contiene; reformando la de vista, confirmaron la de primera instancia en la parte que declara infundada dicha excepción; MANDARON que la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución sobre el fondo de la controversia en los seguidos por don Juan Noda Nishimoto con la Empresa Pública de Producción de Harina y Aceite de Pescado, PESCA PERU, sobre cumplimiento de contrato y otro concepto; y los devolvieron. — SRS. DOIG B. — CHOCANO MARINA. — GALVEZ V. — ALFARO A. — DELGADO V.*

### LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DESARROLLO Y PROGRESO DEL DERECHO PERUANO

La Ejecutoria citada, sobre cumplimiento del contrato, entre una sociedad irregular respecto de tercero, fue emitida por el Tribunal de la Corte Suprema basándose en cánones lógicos de interpretación y haciendo uso de la argumentación a contrario SENSU sobre los artículos 340 y 342 de la Ley de Sociedades Mercantiles. El tratamiento de las sociedades irregulares es un tema sumamente escaso en nuestro ordenamiento legal.

Un elemento importante a considerar es en primer término tener en claro qué son cánones lógicos, ingeniosidades o procedimientos de razonamiento que tomados de la lógica se aplican a lo jurídico. Igualmente, hay que tomar en cuenta en qué consiste el concepto de argumentación "contrario sensu": si una prohibición está establecida para determinadas cosas, esta prohibición no tiene vigencia para las cosas no contempladas.

Coviello dice: "cuando el intérprete encuentre una norma excepcional ya que no halla la norma general, usando la argumentación a "contrario sensu" de esa norma excepcional, la norma general debe ser la contraria: "Todo aquello que no esté prohibido está permitido". Por su parte Messineo le da a esta argumentación una validez restringida.

Fueron justamente éstas las razones que me condujeron más aún a profundizar el análisis de esta problemática y estudiar cómo es tratada ésta figura jurídica por la L. de S. M. en relación al régimen de las sociedades irregulares respecto a terceros y cuáles son los derechos de los socios de la sociedad irregular respecto de terceros.

Para el efecto recurrió a los artículos de la Ley de

Sociedades mercantiles que sirvieron de base a la ejecutoria, que a continuación transcribo y que a la letra dicen:

El art. 340 de la Ley de Sociedades mercantiles: "... reconoce y establece que quienes realicen actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular responden solidaria e ilimitadamente por el cumplimiento de dichos actos frente a terceros"...

El art. 342 de la Ley de Sociedades mercantiles: "... reconoce validez de los contratos que la sociedad irregular celebre con terceros"...

Ejecutoria: que "contrario sensu" quienes contraten a nombre y en representación de una sociedad irregular están en la posibilidad legal de exigir su cumplimiento sin que pueda oponerse las limitaciones de la representación...

Sin ingresar en un análisis profundo, nuestra legislación considera las dos formas en qué puede presentarse una situación de irregularidad y que son: la irregularidad originaria, por el incumplimiento de los requisitos formales, o más propiamente de uno de ellos, cual es la inscripción del contrato de sociedad en el Registro Mercantil y la irregularidad sobrevenida conforme lo establece el artículo No. 338 de la Ley de sociedades mercantiles:

"Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme lo dispone la ley, la que no ha observado sus disposiciones al transformarse o la que continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley o en el contrato social".

El régimen que la Ley de Sociedades Mercantiles está referido fundamentalmente al aspecto externo de la sociedad, es decir a las relaciones de las sociedades irregulares con terceros. La falta de cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley hallan su sanción en el mismo aspecto, sanción que podemos

condensar en estos puntos: carencia de personalidad jurídica; autorización a los terceros para considerar como regularmente constituidas a tales sociedades, toda vez que contra ellos no podrá alegarse la omisión de las formalidades; y la responsabilidad de los socios, administradores, organismos de gobierno y quienes se presenten a terceros como perteneciendo a la sociedad y actuando en su nombre según el caso.

De estos tres puntos, es el tercero el que merece la mayor atención por cuanto en base a su interpretación a "contrario sensu", es que se ha basado la ejecutoria materia de examen.

Al respecto la Ley de Sociedades Mercantiles trata a la sociedad irregular implicando en ella la atipicidad. De aquí la validez y efecto frente a terceros los refiera a los pactos y condiciones generales y no a los tipos de sociedad.

Por otro lado como hemos mencionado anteriormente la irregularidad es un tema de relaciones entre publicidad legal y hecho, o voluntaria y ésta existe sin la inscripción, por tanto nos interesa analizar aquí, en forma específica como afecta a terceros su existencia.

En cuanto al régimen de las sociedades irregulares con relación a terceros, debemos plantear la situación anotando en primer lugar que durante la existencia de la sociedad irregular, dentro del giro normal de sus negocios puede haber contratado con diversas personas.

Estos terceros contratantes en muchas oportunidades se verán en la obligación de hacer valer sus derechos judicialmente contra la sociedad, con el fin de obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquellas.

El efecto implica por otro lado que el tercero puede dar al contrato y sus efectos por inexistentes a discreción y es en esto que consiste pues, el no perjuicio y la utilización de lo que le sea favorable. Con este criterio la sociedad quedaría sujeta a lo adverso y de no disfrutar de lo beneficioso, lo cual resultaría por sí una fuerte sanción para las sociedades irregulares.

De esta manera una sociedad que ya sea por negligencia o por malicia viva irregularmente quedará privada de muchas garantías jurídicas e imposibilitada para realizar numerosos actos. Como no podrá prolongar demasiado esta situación, en vista de sus dificultades y peligros, optará por remediarla y su estado de necesidad por tanto tendrá una vocación de temporalidad.

Ahora, hay que señalar que el supuesto de la sanción a que nos hemos referido es la buena fe...

Hemos visto que la Ley de Sociedades Mercantiles otorga a las sociedades irregulares un tratamiento diverso al de aquellas sociedades que se han formado legalmente y hemos visto a la responsabilidad, a la precariedad de su existencia y a su falta de personalidad, la cual se da como también hemos visto para determinados actos, pero no se establece en beneficio de ella misma, sino de los terceros con quienes contrata, teniendo éstos así la doble garantía que representa el patrimonio social y el de los socios y demás personas obligadas por la ley para hacer efectivo sus compromisos y es por tal razón que se les impide preverse de su propia irregularidad. Pero es el caso

que la Ley de Sociedades Mercantiles establece en su artículo 342, último párrafo, que: "se reconoce validez a los contratos que la sociedad celebre con terceros", lo cual nos plantea el problema de cómo concurriría la sociedad irregular para defender sus derechos emergentes de tales contratos si el surgimiento de su personalidad jurídica está empañada por la irregularidad de su situación.

En este sentido lo máximo a que ha llegado la doctrina es a reconocer el derecho de proponer reconvenciones por aplicación del principio de igualdad de partes en el proceso para garantizar la posibilidad de defensa.

Esto se desprende de la presunción de la ley cuando en su artículo No. 344 dice en su segundo párrafo: "se presume que cada socio que actúa para la sociedad tiene la representación social y judicial".

Así Marquez Añez sostiene, aunque la ley no lo establece, que la falta de personalidad jurídica de las sociedades irregulares sólo significará que no existe una pluralidad considerada como unidad y que ello no obsta para que la colectividad de las personas físicas funcionen como sujeto de derechos, lo cual incide sobre la verdadera situación de la sociedad irregular y de los socios cuando actúen como demandante en juicio.

De ello se desprende que la sociedad irregular no podrá comparecer como parte actora en el proceso, considerada como persona jurídica distinta de la de los socios y equiparada por tanto a la sociedad regularmente constituida. Será indispensable pues, que obre la colectividad de los socios para evitar la procedencia de la excepción dilatoria de falta de personalidad.

De otra manera la sociedad carecería de toda acción frente al incumplimiento de los terceros, y éstos a cambio se encontrarían en la cómoda situación de cumplir o no, según les conviniera y con acción contra todos los obligados según la ley. Parecería ser, que ante esta situación, éste sentimiento natural de justicia y equidad es el que ha motivado a los jueces el evacuar la ejecutoria en examen, ya que si bien la ley desalienta la existencia de este tipo de sociedades y facilita su desaparición no puede sancionarlas de manera tal que los terceros puedan obtener a través de los contratos que con ella celebran ventajas que sólo los favorezcan.

Así pues, sólo estarán vedadas las acciones contra terceros que funden su intención en la existencia de la sociedad, o en otros términos que se apoyen en la existencia de la sociedad como un antecedente indispensable; de lo contrario los socios pueden demandar a los terceros las obligaciones que con la sociedad hubieran contraído sin que éstos terceros puedan alegar que la sociedad no ha existido.

En consecuencia los "socios" que la "integran" poseen acción contra terceros a fin de compelirlos al cumplimiento de las obligaciones contraídas para con la sociedad. Lo contrario sería verdaderamente inmoral y antijurídico, siendo por lo draconiano, inadmisible como sanción por la falta de inscripción del contrato, la sanción legal consiste en negar la acción fundada en la existencia de la sociedad y en responsabilizar solidariamente a todos los socios frente a terceros.



Refiriéndose a este mismo aspecto SIBURO nos dice: "que éstas conclusiones referidas a que la sociedad no podría exigir el cumplimiento de las obligaciones de terceros son totalmente injustas y admirlas es favorecer la mala fe abriendo campo al abuso y a la deslealtad.

Autorizar a un contratante para que a voluntad cumpla o no su obligación en una enorme injusticia y una inmoralidad".

Por su parte GARO nos dice que no es posible que por una omisión de los integrantes de la sociedad que los terceros puedan o han podido conocer por su parte conocer, sea aprovechada por éste para proceder abusiva y arbitrariamente a su gusto y conveniencia exclusiva negándose a cumplir las obligaciones que libremente ha contraído. Continúa GARO expresando que "los contratos en cuanto son lícitos deben ser cumplidos como la ley misma".

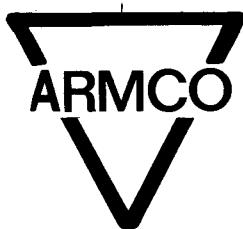
De lo expuesto la razón jurídica de derecho de los socios, radica en que el tercero ha reconocido la existencia de la sociedad, y eximirlo de cumplir las obligaciones asumidas sería premiar la mala fe del tercero, llevando la sanción legal a extremos perniciosos para la buena fe y la seguridad jurídica.

Cabe aquí señalar que, aunque la ley nada dispone, debe reconocerse a los "socios" la facultad para reclamar de los terceros la indemnización por daños y perjuicios por actos ilícitos que sufra la sociedad conforme a la responsabilidad común.

En consecuencia, podemos afirmar que las acciones que no funden su intención en la existencia de la sociedad pueden ser intentadas por los socios en contra de terceros. Parecería ser sin duda alguna que ésta es la conclusión a la que han llegado los magistrados de la Corte Suprema al emitir su resolución, ordenando a la Corte Superior de Lima que expida nueva resolución sobre el fondo de la controversia en los seguidos por una sociedad irregular respecto de terceros sobre cumplimiento de contrato; ejecutoria que a mi criterio crea jurisprudencia que enriquece y permite el progreso y desarrollo sostenido del derecho peruano, en materias que como repito se encuentran legisladas en forma muy general e insuficiente por tratarse de un tema como es el de las sociedades irregulares que, dada su vocación de temporalidad, tanto el Código de Comercio como la Ley de Sociedades Mercantiles tienden a que éstas se regularicen conforme a Ley.

**Vittorio Pinasco L.**

Alumno del 6to. ciclo - Facultad de Derecho P.U.C.P.



CORTESIA DE:

**ARMCO PERUANA  
SA**

CORTESIA DE:



JOSE PARDO 799 MIRAFLORES  
TELEFONO 469646

## NULIDAD DE CONTRATO

1. *El Art. 188 del Código Civil, en su tenor modificado por el D.L. 17-838, se establece que el marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades, que le confiere la ley, requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a títulos gratuito u oneroso.*
2. *La Contravención del mismo precepto de orden público Franquea la acción de nulidad y no la de anulabilidad de conformidad con el inc. 2do. del Art. 1123 del Código Civil.*

Lima, veintidós de marzo de mil novecientos ochenticuatro.

*VISTOS: con los acompañados; y CONSIDERANDO: que por el artículo ciento ochentiocho del Código Civil en su tenor modificado por el Decreto Ley número diecisiete mil ochocientos treintiocho de treinta de setiembre de mil novecientos sesentinueve, se establece que el marido es el administrador de los bienes comunes con las facultades que le confiere la ley, requiriéndose la intervención de la mujer cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a títulos gratuito u oneroso; que esa norma legal contiene un principio tutitivo en favor de la cónyuge; que la contravención del mismo precepto de orden público franquea la acción de nulidad y no la de anulabilidad de conformidad con el inciso segundo del artículo mil ciento veintitrés del Código Civil; que no habiendo transcurrido, en el caso sublitis, el término prescriptorio que señala el artículo mil ciento sesentinueve del propio Código, respecto al contrato celebrado el veintiséis de febrero de mil novecientos setentiséis no resulta de amparo la excepción de prescripción deducida por los demandados a fojas veintidós y otrosí de fojas veintisiete: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento veintitres, su fecha siete de diciembre de mil novecientos ochentidós, que confirmando la apelada de fojas ochentiocho, fechada el veintitres de junio del mismo año, declara fundadas las excepciones de prescripción deducidas por los demandados; reformando la de vista y revocando la apelada; declararon INFUNDADAS dichas excepciones; ORDENARON que el Juez de la causa expida nuevo fallo sobre el fondo de la controversia; en los seguidos por doña María Calle Bacigalupo de Seminario con don Teodoro Seminario Vera y otra, sobre nulidad de contrato y otro concepto; y los devolvieron. — DOIQ B. — CHOCANO MARÍN. — GALVEZ ALFARO. — ALFARO A. — DELGADO V. — Se publicó conforme a ley. — BERNARDO DEL AGUILA. — Secretario General de la Corte Suprema de la República.*

Antes de comentar la ejecutoria, recordemos el régimen patrimonial del matrimonio, tanto en la legislación y doctrina extranjera como en el Código Civil de 1936.

En Derecho Comparado, existe una multiplicidad de modalidades en cuanto a la forma de gobierno de las relaciones económicas del grupo familiar, encontrándose que los dos regímenes característicos y a la vez opuestos, son: por un lado el de la Comunidad Universal de Patrimonios, por el que los bienes y deudas del marido y de la mujer se fusionan, por el matrimonio, en uno solo, convirtiéndose la sociedad cónyugal en el único titular de ese patrimonio común; y en el otro extremo, el de Separación Absoluta de Patrimonios, según el cual el matrimonio carece de relevancia en lo que atañe a los aspectos económicos, por lo que cada cónyuge conserva la propiedad y con ello la administración y disposición de su patrimonio (bienes y deudas).

El legislador del Código de 1936 adoptó, o mejor dicho, mantuvo el Régimen de la Comunidad o Sociedad de Gananciales, en el que se admite la coexistencia de bienes propios de cada cónyuge y de un patrimonio común de la sociedad administrado por el marido.

Este régimen patrimonial era impuesto ipsojure y sin alternativa a los cónyuges y sólo excepcionalmente podía ser sustituido, accesoriamente o a través de un juicio, por el de separación de patrimonios durante el matrimonio.

Entonces, no habiendo cabida a la libre elección del régimen patrimonial a que estará sujeto el matrimonio, —facultad que en doctrina se conoce con el nombre de Capitulaciones Matrimoniales— considero que el legislador había consagrado la idea de que todas las normas que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges tenían el carácter de Orden Público y por lo tanto su determinación no podía quedar librada a la voluntad privada de los contrayentes.

La Corte Suprema, por ejecutoria Suprema de fecha 22 de Marzo de 1984, consideró que la norma contenida en el Art. 188o. del Código Civil de 1936, en su tenor modificado por D. Ley 17838, era de Orden Público, y por lo tanto, la contravención a ese precepto franqueaba la acción de nulidad y no la de anulabilidad, de conformidad con el inciso 2do. del Art. 1123o. del mismo texto legal.

¿Podríamos afirmar que el Art. 188o. contenía una norma de Orden Público?

Creemos que sí, por las siguientes consideraciones: En primer lugar, por las razones señaladas líneas arriba, que las normas que regulaban las relaciones patrimoniales del matrimonio, en el Código Civil de 1936 eran de Orden Público; y en segundo lugar, porque del texto del artículo se infería que la norma era cogente, es decir, no admitía ser vulnerada, dejada de lado, que la voluntad del agente del acto jurídico se desvío de lo ordenado por ella, con carácter de imprescindible, de inexcusable necesidad.

Así la norma en cuestión, reforzando este carácter, establecía que para disponer de los bienes comunes o gravarlos, el marido —que era el administrador legal de la sociedad conyugal— necesitaba de la intervención de la mujer; principio de evidente carácter tuitivo no sólo en favor de la cónyuge sino también en favor del bienestar de la familia.

¿La contravención a una norma de Orden Público franquea la acción de nulidad o la de anulabilidad?

El Art. III del Título Preliminar del Código Civil (T.P. del C.C.) establece que: "No se puede pactar contra las leyes que interesan al Orden Público...", es decir, que la libertad convencional respecto de éste tipo de normas, no es pues, irrestricta, sino que, sufre la limitación señalada en el Art. III. ¿La justificación de tal prohibición?: Razones de defensa de la estructura del Orden Jurídico. La consecuencia lógica del pacto o convención contrarias a las normas de Orden Público, es inobjetable: la nulidad absoluta de dicho pacto. Luego, si el negocio que adolece la nulidad es impugnable, ésta debe hacerse mediante una acción de nulidad.

Comparto nuevamente la opinión de la corte en que la contravención a la norma de Orden Público que contenía el Art. 188o. del C.C. de 1936 franqueaba la acción de nulidad y no la de anulabilidad que al parecer, fué la que aplicaron los jueces en las instancias inferiores.

¿De conformidad con qué inciso del Art. 1123o. procede declarar la nulidad del acto jurídico que contraviene a una norma de Orden Público?

La Corte esgrimió como argumento para declarar la nulidad, el inciso 2 del Art. 1123o. que dice: "El acto jurídico es nulo cuando su objeto fuese ilícito o imposible". En otras palabras, la Corte considera que la contravención a una norma de Orden Público convierte en ilícito el objeto de un acto jurídico. Argumento sostenible, al punto que un sector de la doctrina así lo contempla.

Sin embargo, soy de la opinión que el inciso 4to. del Art. 1123o. nos ofrece una vía más "directa", que nos permite declarar dicha nulidad sin salirnos del concepto de Orden Público dentro del cual venimos reflexionando y sin necesidad de introducir nuevos conceptos, sobre los que hay gran discusión en doctrina, como lo son el de Objeto del Acto Jurídico (¿cosa, causa o fin?) y el de Ilicitud.

El Inc. 4o. señala que el acto jurídico es nulo cuando "la ley lo declare nulo". Es claro que los alcances de este inciso no se limitan únicamente a las normas que contenía el Código Civil cuya inobservancia era sancionada con la nulidad, pero para el razonamiento que se pretende esbozar interesa el desarrollar precisamente este punto, sobre todo respecto de los actos jurídicos que contravienen normas de Orden Público.

En el Código Civil de 1936, habían normas de Orden Público en cuyo texto expresamente se declaraba que su inobservancia o pacto en contrario estaba sancionada con la nulidad, a modo de acentuar o poner mayor énfasis a su carácter de normas de Orden Público; pero, si existía la norma del Art. III del T.P. del C.C. que declaraba, en otras palabras, que era nulo el acto jurídico que contraviniere a las leyes que interesan al Orden Público, no era necesario que todas las normas del C.C. que tuvieran ese carácter, incluyan expresamente en su texto la sanción de nulidad, que ya prescribía el Art. III, para entender que la Ley (en sentido material) estaba estableciendo o declarando la nulidad de dichos actos jurídicos.

Entonces, puede proceder la acción de nulidad de conformidad con el inciso 4 del Art. 1123 del C.C. de 1936.

Como se aprecia al leer la ejecutoria, la Corte Suprema ha actuado en vía de Casación. Ha determinado que procede, por las razones que ya hemos visto, la acción de nulidad —que interpuso en su oportunidad el demandante— y no la de anulabilidad que parece fue la que tuvieron en mente los señores jueces en las instancias anteriores, cuando resolvieron declarando fundadas las excepciones de prescripción que dedujeron los demandados. Al parecer éstos sostuvieron que la infracción a la norma del Art. 188 del C.C. de 1936 franqueaba la acción de anulabilidad y por lo tanto, al momento de interposición de la demanda la acción de la demandante ya había prescrito de conformidad con el inc. 3) del Art. 1168 del C.C. de 1936; es decir en los hechos, habían pasado más de dos años de la fecha de celebración del contrato. (26/feb/1976).

Al declarar fundadas estas excepciones, no se pronunciaron sobre el fondo de la controversia, es decir, sobre la validez o no del contrato impugnado; sino que están manifestando que al momento de interponer su demanda, la demandante carecía de ese poder jurídico que está dirigido a lograr la actividad estatal por medio de sus órganos competentes, para la declaración de un Derecho; lo que se conoce como acción y que es un concepto que tiene una connotación fundamentalmente procesal.

La Corte Suprema al considerar que procedía la acción de nulidad estaba indicando que dicha acción no había prescrito, pues aún no habían transcurrido los treinta años que señalaba el Art. 1169 del C.C. como término prescriptorio para pedir la nulidad de Actos Jurídicos o Contratos. Por lo tanto, resolvió declarando Haber Nulidad en la sentencia de la Corte Superior que confirmaba la de primera instancia; Infundadas las excepciones de prescripción y Ordenaron que el Juez de Primera Instancia expida un nuevo fallo, esta vez pronunciándose sobre el fondo de la controversia.

### **Gustavo López Ameri C.**

Alumno del 6to. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP - Miembro del Comité Directivo de "Themis".

---

**Los Miembros del Comité Directivo de la Revista THÉMIS agradecen a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:**

Pedro Cateriano  
Pedro Cateriano Bellido  
Alberto Varillas  
Manuel Catacora  
Miguel Leon Barandiarán  
Armando Lazarte  
Milton Von Hesse  
Miguel Castillejo  
Roberto Palacios  
Fernando Salazar  
Dante Nieri  
Carlos Deustua  
Ana María de Pinillos  
Patricia Cueto  
Gladys Ochoa  
Francisco Tenya  
Francisco Barrón  
Ursula Collimboy S.  
Hugo Garabito

Yolanda Seminario  
Vittorio Pinasco  
Carlos Boza  
Jaime More  
José Amado Galván  
Ricardo Castillo  
Francisco Avendaño  
Humberto Jara  
Dora Avendaño  
Horacio Cánepa  
Carola Sansibiero  
Bruno Olcese  
Patty Jimenez  
Milagros Villacorta  
Filiberto Tarazona  
Susana Paniagua  
Javier Arias Stella  
Augusto Elmore

---

