

THĒMIS

Revista de Derecho



Franz-Ludwig Knemeyer

Entrevista a Pierangelo Catalano

Carlos Barrera Tapias • Robert Litan

Manuel Aguirre Roca • Mario Pasco

Javier de Belaúnde • Carlos Cárdenas Q.

Cristine Leroux de Belaúnde

Humberto Jara Flores

Segunda Epoca / Año 1 / N° 3

THĒMIS Revista de Derecho

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

Comité Directivo: José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella, Eduardo 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 Ostojá López Alvaro. *Comité de Redacción:* Beatriz Boza D., Miguel Denegri P., Andrés Osterling L., Allan Hennings M., Antonio Pinilla, Italo Muñoz. *Diseño y Diagramación:* Ana María Tessey – Alexander Forsyth. *Impresión:* TECNIM S.A.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula e ilustraciones: “Pancho Fierro y la Lima del 800”

Publicación de la Asociación Jurídica Thémis

Dirección: Casilla Postal 155 – Lima 18 – Perú

Índice

2

Presentación

3

Entrevista a Pierangelo Catalano

5

Franz Ludwig Knemeyer

“Autonomía Municipal para el fortalecimiento de la Democracia”

13

Carlos Barrera Tapias

“La Sociedad de Gananciales: Supervivencia de la Sociedad Questaria en el Derecho Civil Moderno”

18

Robert Litan

“Elaboración de Leyes a Nivel Administrativo y Análisis Económico: Una perspectiva Norteamericana”

20

Manuel Aguirre Roca

“Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica”

22

Mario Pasco Cosmópolis

“Magistratura del Trabajo”

29

Javier de Belaúnde

“Los Derechos de la Personalidad y la Interpretación Judicial”

35

Carlos Cárdenas Quirós

“Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú. Su Impotancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles

44

Humberto Jara

“Los Registros Públicos y su Importancia en el Código Civil de 1984”

49

Cristine Leroux de Belaúnde

“Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia”

52

Samuel Abad Yupanqui

“La acción de Amparo contra Sentencia”

60

Gustavo Villegas – Gustavo Adolfo Olivares

“El Poder Contralor”

64

Beatriz Boza

“Los votos en Blanco y Viciados en un Régimen Electoral de voto obligatorio”

70

Eduardo de Rivero

“Naturaleza Jurídica del Contrato de trabajo y la Formulación de la Relación de trabajo”

78

SECCION DOCUMENTOS

“Ponencia Peruana ante el Consejo de Seguridad”

(Intervención del Representante Permanente en el Perú ante las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad sobre la situación en Centroamérica)

80

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Alfredo Gildemeister / Donato Hernán Carpio

Presentación

Si el primer número de esta segunda época de *Thémis Revista de Derecho*, tuvo la fortuna de encontrar una cálida recepción en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, el segundo número ha tenido la virtud de traspasar las fronteras de nuestra alma mater, para encontrar así en otros medios académicos y profesionales una estimulante acogida que no podemos dejar de agradecer. La simpatía y el entusiasmo recibidos no puede menos que reafirmarnos en nuestros ideales y comprometernos aún más en nuestros objetivos que, así lo entendemos, son compartidos por todas las personas que desean hacer un sincero aporte al desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Algunos imponderables han retrasado la aparición de este tercer número. Esto nos obliga a invocar a nuestros lectores su comprensión y esperamos sinceramente que este inconveniente no se repita en el futuro.

Este tercer número contiene importante material de colaboradores nacionales. Asimismo, nos es muy grato volver a presentar artículos de destacados juristas extranjeros, que indudablemente resultaran de sumo interés para nuestros lectores.

Lima, Julio de 1985

El Comité Directivo

ENTREVISTA A PIERANGELO CATALANO

El profesor Pierangelo Catalano, Presidente del Grupo de Investigación sobre Derecho Romano, Secretario General de la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA) y responsable del Grupo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), estuvo recientemente en Lima con motivo de la realización del V Congreso Latinoamericano sobre Derecho Romano y del I Congreso Internacional sobre el Código Civil Peruano, eventos que fueron auspiciados por las instituciones a las que pertenece. El Profesor Catalano, nacido en Turín en 1936, es catedrático titular de Derecho Romano en la Universidad de Roma (La Sapienza) y es reconocido como uno de los más eminentes juristas italianos contemporáneos.

Para Thémis, constituye un verdadero honor el presentar a continuación la entrevista exclusiva que, a pesar de sus recargadas actividades, nos concediera. La conversación sostenida con el doctor Catalano permanecerá imborrable en el recuerdo de quienes tuvimos la oportunidad de conocerlo y escucharlo.

Thémis: Se suele hablar de un mundo jurídico occidental dividido tradicionalmente en dos sistemas de un lado el sistema romano-civilista y de otro lado el llamado Derecho Comun anglosajón. En los últimos años se ha observado una creciente interrelación entre ambos sistemas que los vincula progresivamente. ¿Cuál es su opinión sobre este fenómeno?

Prof. Catalano: Creo que se puede tener del mundo jurídico otra visión. El codificador de Brasil, Bevilacqua, consideraba las legislaciones desde una perspectiva que podemos llamar romano-centrista; de ésta manera, dividía los grupos de legislaciones según la influencia que en ellos había tenido el Derecho Romano: un primer grupo con influencia total del Derecho Romano, en el sur de Europa, un segundo grupo en el centro de Europa con influencia del Derecho Romano y el Derecho Germánico, un tercer grupo en el norte de Europa donde el Derecho Romano no había tenido influencia como el caso de la Gran Bretaña y un cuarto grupo que sería el de las legislaciones "de los pueblos latinoamericanos". La perspectiva de Bevilacqua, aunque no es una visión completa, sí es una visión distinta. No estoy de acuerdo con hablar de un mundo jurídico occidental, porque tendríamos que colocar dentro de ese sistema a naciones del Oriente, como el Japón.

No creo que tenga sentido hablar de occidente en relación al mundo jurídico. Pienso que debemos utilizar esquemas más flexibles, no demasiados comunes. Sin duda existen países que tienen sistemas jurídicos de tipo romanista, entre los cuales está Japón. Hay un grupo con una decidida influencia de elementos islámicos y hay también un grupo con una decidida influencia socialista; sin embargo ésta relación no agota al tema y existen otros países que difícilmente podemos clasificar dentro de alguno de los sistemas enumerados, éste es por ejemplo el caso de la India; país con influencia parcial del Derecho Anglosajón, pero es evidente que no podríamos entender el Derecho Hindú únicamente desde esa perspectiva. Definitivamente no comparto el planteamiento que se recoge en la formulación de la pregunta sin embargo, creo entender el sentido de la misma. ¿Cuáles pueden ser o son las relaciones entre el Sistema Romanista y el sistema anglosajón? Pero mi respuesta no identifica el sistema Romanista con una parte del Occidente...

Thémis: O más bien, ¿considera usted que deben fortalecerse las relaciones entre el Derecho Romanista y el Derecho Anglosajón?

Prof. Catalano: Yo creo que es ésta una opción político-cultural que debe meditarse con gran serenidad. En realidad, cada uno puede y debe escoger según su conciencia. Un jurista italiano emigrado a Latinoamérica, Ascarelli pensaba que el rol del Derecho Latinoamericano en la Historia era el de hacer de puente entre los dos sistemas, facilitando así las relaciones de los inversionistas norteamericanos en sus territorios. A esta visión se opone la de otro jurista italiano, Emilio Betti, que fuera un conocido profesor de Derecho Romano en mi Universidad hace unos lustros y que, por el contrario, señalaba que había que oponerse a la influencia cultural del Derecho Anglosajón. Si ustedes me preguntan cuál considero que será el futuro yo respondería que en gran parte está en nuestras manos. Si me preguntan cuál es mi opción personal, creo que es clara y la vengo escribiendo desde hace más de 10 años y es por el fortalecimiento cultural del sistema Romanista, la resistencia a cualquier influencia externa y la búsqueda de un fundamento para esa resistencia en la autenticidad cultural latinoamericana, incluyendo la indígena. Valdría la pena, recordar lo que decía Jorge Basadre con relación al concepto de sistema, considerándolo como algo distinto del ordenamiento. Para Basadre el Sistema Jurídico es una realidad Cultural que va más allá del ordenamiento estatal y puede ir incluso más allá de los continentes. Esta definición del concepto de sistema, característico de Basadre, debe ser tomado en consideración cuando se discute sobre éstos temas...

Thémis: Profesor Catalano, desearíamos plantearle una inquietud en su calidad de estudioso de la realidad jurídica y social latinoamericana. Uno de los principales problemas que encuentran el jurista y el legislador latinoamericanos es la convivencia de realidades sociales disímiles que, a grosso modo, podríamos clasificar en dos sectores: de un lado una realidad occidental y moderna, fundamentalmente urbana, y de otro lado, comunidades tradicionales con una realidad cultural muy distinta a la occidental. ¿Cuál es su opinión sobre este problema?

Prof. Catalano: El sistema latinoamericano, según las conclusiones a que hemos llegado en nuestras investigaciones realizadas en colaboración con juristas latinoamericanos, españoles y alemanes, está caracterizado por una mezcla del Derecho Romano Ibérico con el Derecho Indígena. Es decir que no se puede prescindir del Derecho Indígena cuando se desea hablar del Derecho de los Pueblos Latinoamericanos. Discrepo de los que buscan la romanización u occidentalización de los sistemas indígenas y tampoco estoy de acuerdo con quienes propugnan una suerte de "ghetto" indígena. Yo creo que la mejor opción es la de trabajar tenazmente por el fortalecimiento de la mezcla, que es producto de la historia de estos pueblos. Debemos trabajar en la búsqueda de la autenticidad de esta mezcla, en la búsqueda de una civilización original y nueva, inclusive en lo jurídico.

La idea de la "raza cósmica", del filósofo mexicano Vasconcellos, que tiene su núcleo en Brasil y abarca toda Latinoamérica, puede tener realmente una traducción en lo jurídico. Un jurista alemán que comparte nuestra posición ha hablado de una "res pública latinoamericana", que tiene éste Derecho que es Romano-americano.

Thémis: Profesor Catalano, ¿cuál es en su opinión la importancia del Derecho Romano en la formación de la cultura jurídica de Latinoamérica?

Profesor Catalano: El Romanismo Latinoamericano es para mí algo muy antiguo y tiene dos fases: la fase ibérica, de aplicación de antiguos principios del Derecho Romano y la otra fase que se inicia con la independencia y la transfusión directa de principios romanistas a través de los códigos de corte liberal. Este romanismo, además de muy antiguo en la historia de América, es muy sólido porque los códigos americanos de origen latino, como el argentino y el chileno, tienen un carácter romanista más acentuado aún que los códigos europeos. En éste sentido yo discrepo de quienes afirman que el romanismo es un fenómeno reciente en la historia cultural latinoamericana, muy por el contrario, hay afirmaciones de Texeira de Freitas, que sigue siendo el más importante jurista brasileño y uno de los más importantes en la historia de la jurisprudencia en general, muy expresivas de un romanismo que podría parecer muy exagerado y que datan de más de un siglo atrás pero que reflejan la ubicación histórica de este romanismo: "No me pueden hacer mayor honra que llamarme romanista", o esta otra: "el Derecho Romano es un Derecho vivo, es el punto de partida de todo lo que se ha escrito o se tiene que escribir en la Jurisprudencia".

Thémis: ¿Cuál es en su opinión la importancia que, para la formación del jurista, puede tener el estudio del Derecho Romano de la época justineana?

Profesor Catalano: Estudiar el Derecho de la época de Justineano es distinto de la función que puede tener el estudio del Derecho Romano de la época clásica. El Derecho de la época justineana es ya un derecho "cristianizado" ésto es, bastante más cercano de los problemas ideológicos y sociales de nuestro tiempo. En mi opinión, la enseñanza del Derecho Romano, particularmente el de la época justineana, puede tener dos funciones: En primer lugar, nos puede revelar el fondo común de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados que están incluidos en el sistema

romanista, el mismo que no depende de las opciones políticas de los Estados; en segundo lugar, nos puede brindar los instrumentos conceptuales y de teoría jurídica que permitan criticar al Derecho Positivo, porque nos obligan a retornar a los principios de desarrollo del sistema del cual estos ordenamientos forman parte. En síntesis, una función de explicación de la continuidad del sistema y al mismo tiempo de crítica y por tanto de progreso del sistema mismo, a través de la visión crítica de sus principios.

Thémis: Profesor Catalano, en el marco del V Congreso Latinoamericano sobre Derecho Romano, se han discutido nociones de hombre, persona, personalidad y capacidad en el Derecho Romano, en comparación con el Derecho Moderno. A diferencia del enfoque tradicional se ha llegado a afirmar que el esclavo en Roma era considerado persona e inclusive sujeto de derechos. ¿Podría explicarnos brevemente su posición al respecto?

Profesor Catalano: Para los romanos hombre y persona eran nociones que identifican al ser humano, aunque son parcialmente conceptos distintos. Es decir, que los antiguos tienen un concepto concreto de persona y el ser humano mirado desde cierto punto de vista es una persona que tiene un determinado rol en la vida. Además los antiguos tenían un concepto concreto del conjunto de personas; cuando decían pueblo, pensaban en un conjunto de hombres organizados de forma tal que para tomar decisiones tienen que reunirse, o al menos pueden reunirse, en una asamblea. En la edad contemporánea, particularmente después de las llamadas revoluciones burguesas, especialmente durante el siglo XIX, se produce en la doctrina jurídica una marcada tendencia a la abstracción paralela a la tendencia a la "positivación" y "estatización" del Derecho. Entonces frente a las nociones de persona-hombre y pueblo, se afirman las nociones personalidad-sujeto de derechos y Estado, que son nociones abstractas. ¿Por qué son nociones abstractas? Savigny, que representa a una época importante en ese proceso de abstracción y que es además el padre de la teoría de la ficción, dice que el Derecho Positivo puede establecer que un hombre no sea sujeto de Derecho y puede establecer que sea sujeto de Derecho una entidad que no es un hombre, dependiendo todo esto del Derecho Positivo.

Entonces la noción de personalidad-sujeto de derechos, es algo que puede ser separado del concepto humanidad, lo que no era posible para los antiguos. El esclavo, no obstante su situación de inferioridad siempre era considerado hombre y persona, y así desarrollaba sus actividades y relaciones jurídicas, sobre todo en el campo del Derecho natural y del Derecho divino. Lo mismo ocurre con el concepto de Estado que se convierte así en una entidad distinta del pueblo entendido como el conjunto de los hombres.

Es conveniente recordar algo que ya dije: para el hombre de leyes volver a las fuentes de las que se nutre la Ciencia Jurídica puede liberarlo de sus incrustaciones, sólo así no cometeremos el error de utilizar conceptos actuales para explicar el pensamiento de una época que no los tuvo. El estudio histórico no nos servirá si lo utilizamos para autoproyectarnos en el pasado; si hacemos eso no veremos en el pasado sino una imagen rudimentaria de nuestra propia realidad...

“Autonomía Municipal para el fortalecimiento de la Democracia”

Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer

Decano de la Facultad de Derecho y Director del Centro de Investigaciones Científicas de la Comunidad de la Universidad de Würzburg, RFA.

1. Al considerar el significado de la autonomía administrativa para la democracia, cabe estimar que, tal como no existe la democracia, tampoco existe la autonomía administrativa.

2. La riqueza de matices que ostenta la elaboración de la autonomía administrativa en los diversos estados debe llevarnos a conceder que la autonomía administrativa no es, en realidad, sino un principio que debe subordinarse al de subsidiariedad, pero que para su aplicación práctica requiere de una impronta correspondiente a cada situación en particular.

3. La autonomía administrativa experimentó un desarrollo definidamente diverso en cada una de las naciones europeas. Ciertas posiciones extremas colocaron a la autonomía administrativa en las trincheras opuestas al estado —creando el dualismo—, aunque generalmente la institución sirvió al fin de apoyo y fortalecimiento del desarrollo estatal. Actualmente es concepción generalizada el que los vástagos democracia y autonomía administrativa surgieron de una raíz común y que no serían capaces de sobrevivir sin la legitimación que les presta la soberanía popular. Cabe anotar que de la misma raíz también nació el principio federalista.

4. Mediante la participación de los ciudadanos en la administración de las comunas y ciudades se produjo el proceso de “democratización” de esa misma administración. La autonomía administrativa condujo a la desaparición paulatina del centralismo burocrático. En la actualidad y después de superada la época de las luchas de la sociedad contra el estado en pos de un mayor grado de libertad de acción, la autonomía administrativa parece centrarse en consumir una mayor integración del ciudadano en el estado.

5. La autonomía administrativa, en cuanto principio, es muy flexible. Gracias a la multiplicidad de sus posibilidades es capaz de adaptarse a las diversas decisiones de trascendencia nacional que determine cada forma de democracia. Las posibilidades de construcción son muchas. El principio de las unidades autónomas es fundamental para el sistema del estado.

GLOSARIO

1. Definición de términos - Multiplicidad de términos.
2. La multiplicidad históricamente crecida de las for-

mas de autonomía administrativa en los países de Europa y en Alemania.

3. Elementos estructurales de la autonomía municipal. Constitución interna y tareas.
4. Significado de la autonomía administrativa para la construcción del estado democrático.
Funciones constitucionales y políticas de la autonomía administrativa en el estado de derecho democrático, basado en la división de poderes.
 - 4.1. La función político-democrática de la autonomía municipal.
 - 4.2. Función divisoria de poderes y principio de subsidiariedad.
 - 4.3. Función social dentro del estado.
 - 4.4. Control democrático de la administración.
5. Las funciones práctico-administrativas de la autonomía municipal y de la conducción administrativa autónoma.
6. Riesgos de la autonomía municipal.
7. El papel de los partidos en la autonomía municipal - Portadores de la autonomía administrativa.
8. Autonomía administrativa como escuela de democracia.

1. DEFINICION DE TERMINOS - MULTIPLICIDAD DE TERMINOS

Europa —englobando aquí el ámbito legal anglosajón de los Estados Unidos de Norteamérica— conoce en su polifacética tradición democrática una vasta gama de aquello que se entiende bajo autonomía administrativa en su más amplio sentido. Ya la mera suplantación del concepto “autonomía administrativa” por aquel empleado en Inglaterra —tierra de origen de toda autonomía administrativa—, el de “self-government”, trae consigo una importante alteración del significado con respecto al de Alemania Federal, puesto que la autonomía administrativa germana —diversamente concebida en los distintos “Länder”— no es igual al “self-government” británico o norteamericano. Pero también se distingue fundamentalmente de formas francesas o suizas o de estructuras de autonomía administrativa como las que se conocen en el ámbito escandinavo.

Cuando queremos, pues, referirnos al significado de la autonomía administrativa para la democracia (1), tenemos que tener en claro, antes que nada, que

así como no existe la democracia, tampoco existe la autonomía administrativa. Sólo una vez que se haya tomado esto suficientemente en cuenta podrá procederse a aplicar a la conformación del propio estado ciertas formas individuales de la autonomía administrativa, modificadas de acuerdo a cada situación. La esquematización de ciertos conceptos relevantes de uso común puede, en cambio, acarrear errores político-espirituales de grave trascendencia.

En cada caso se hará necesaria una profunda reflexión antes de proceder al trasplante de una institución a otro ámbito vital y legal así como un análisis detenido tanto de la institución como también de las circunstancias propias del medio a que se la trasplantará.

La riqueza de matices de la conformación de la autonomía administrativa debe necesariamente conducir al reconocimiento de que la autonomía administrativa no es, en realidad, más que un principio —claro que un principio especialmente importante— que debe considerarse al alero del principio de subsidiariedad, pero que, para los fines de su aplicación práctica, requiere de una impronta correspondiente a cada situación en particular. Por este motivo sólo puede ponderarse la idea básica de la autonomía administrativa, aunque jamás está en sí, cuando se procede a plantear la interrogante por la posibilidad de exportarla.

Paralelamente a la autonomía municipal que aquí nos interesa existe en Europa una larga serie de instituciones de autonomía administrativa no atinentes a las municipalidades o instituciones comunales, comenzando por las organizaciones profesionales hasta alcanzar a las instituciones del seguro médico o a las instituciones de formación académico-universitaria.

Nuestras reflexiones se refieren a la llamada autonomía municipal, entendiéndolo por comuna a las aldeas, ciudades y comunidades, sin confundirlas con las comunidades formadas por ciertos movimientos juveniles contestatarios (2). **En el caso de la autonomía municipal tratamos con instituciones constitucionalmente ratificadas que cumplen una función específica en el marco del estado democrático.**

A fin de concluir la precisión de términos, debe reducirse la multiplicidad de términos de la autonomía administrativa al mínimo común denominador. Esa multiplicidad tal vez pueda circunscribirse con el término descentralización, es decir, autonomía de la unidad menor en el marco de las leyes del estado como unidad. Autonomía no significa de modo alguno independencia del estado, sino sólo independencia en el estado. La autonomía administrativa no plantea, por tanto, un principio dualista, sino uno íntimamente enlazado con la democracia y el estado de derecho que sirve para los fines de la construcción del estado.

2. LA MULTIPLICIDAD HISTÓRICA DE LAS FORMAS DE AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA EN LAS NACIONES DE EUROPA Y EN ALEMANIA

La autonomía administrativa sólo cabe ser comprendida, en un sentido histórico, como un constante desarrollo por sobre cimas, honduras, desviaciones

y reencuentros con el principio mismo. Pero también sólo es posible comprenderla en el marco de cada una de sus integraciones en las diversas historias de los estados.

Por esto, los estudios relacionados con la historia de la autonomía universitaria debieran contener al menos tantos capítulos como hay estados que conceden esa autonomía. Así es como nuevamente nos hallamos ante la necesidad de limitarnos a factores individuales determinados del desarrollo histórico. Juntamente con lo anterior debe considerarse que la duración de la construcción y fortalecimiento de las instituciones será muy diferente en cada caso, dependiendo del grado de comprensión hacia el estado y también del desarrollo logrado por éste. Mientras el desarrollo del "self-government" británico y de la "Gemeindefreiheit" (libertad comunal) suiza transcurrieron con bastante armonía y continuidad, para citar dos ejemplos, el desarrollo de la autonomía administrativa alemana revela que —determinada por las formas de gobierno de los diversos estados alemanes— logró posiciones muy diferentes.

Haciéndose eco de los antiguos privilegios ciudadanos así como de las libertades ciudadanas, Freiherr von Stein intentó a comienzos del siglo XIX otorgarle a Prusia la autonomía administrativa con el fin de alcanzar el **fortalecimiento del estado**. En ella vio un medio para "fortalecer el gobierno mediante los conocimientos y la alcurnia de todas las clases cultas, integrándolas al estado mediante el convencimiento, la participación y el compromiso en todos los asuntos de interés nacional y otorgando a las fuerzas de la nación una actividad libre, encauzándolas, paralelamente, hacia el bien común, **distrayéndolas de la consecución de fines meramente egoístas, conservando un órgano adecuadamente formado para la expresión de la opinión pública**" (3).

La idea de autonomía administrativa concebida por Stein apuntaba, entre otras cosas, a la superación de la lata contraposición que caracterizaba al absolutismo.

El liberalismo, sin embargo, otorgó a la idea de autonomía administrativa otro giro al presentarla como confrontando al estado. Como ocurrió con la Constitución belga de 1830 (4), la tendencia liberal se anotó un triunfo al hacer integrar el llamado "derecho fundamental de las comunas" en la Constitución reformada de 1849. Este "derecho fundamental" se interpretaba como derecho de protección preestatal de los ciudadanos o la sociedad frente al estado (dualismo). Tal como en Bélgica, el "pouvoir municipal" debía representar el **cuarto poder** junto al legislativo, ejecutivo y judicial (5).

Retomando los conceptos fundamentales del Freiherr von Stein, hubo quienes entendieron las comunas o municipios como miembros del estado y de la sociedad burguesa, como Dahlmann y Lorenz von Stein.

Tampoco dejaron de surtir efecto sobre la legislación prusiana los esfuerzos de Rudolf von Gneist (6) por "reconciliar" a la **sociedad con el estado mediante la autonomía municipal**, esfuerzos definidamente inspirados por el concepto británico de "self-government". Gneist vio en la autonomía administrativa una forma de cumplimiento con los deberes públicos para los ciudadanos libres.

La autonomía administrativa estuvo, sin embargo, siempre expuesta a todo tipo de malinterpretaciones, debido a que **no se veía la raíz democrática común de los municipios y el estado**, sino que se insistía en destacar sus principales diferencias (7).

Después de la garantía institucional que obtuvieron los municipios y comunas en la Constitución alemana de 1919, fue en la Carta Fundamental de 1949 que quedó claramente destacada la raíz **única** de la democracia y de la autonomía institucional así como también quedó integrado el municipio a la república sin por eso debilitarla. Sólo se quiso destacar que tanto la democracia como la autonomía administrativa brotaron de una sola raíz común y que carecen de la posibilidad de sobrevivir si no cuentan con la legitimación del pueblo soberano. De esta raíz común brotó también el principio federalista, que para el análisis de nuestro tema resulta aquí contingente (8).

Tal como señalara Freiherr von Stein, una administración libre y autónoma de los municipios mediante la participación de los ciudadanos en estos organismos debiera constituir el medio para su participación de los intereses de la comunidad. La participación en las decisiones administrativas y la elección del jefe administrativo por los ciudadanos o por representantes de los ciudadanos fueron importantes puntos de partida. Por esta vía se alcanzó la "democratización" de la administración. La autonomía administrativa acarrió, en Alemania, o al menos en el ámbito de las ciudades y comunas y también de las circunscripciones, una marcada disminución del burocratismo centralista (9).

En la actualidad y después de superadas las luchas de la sociedad contra el estado en pos de una mayor autonomía de acción (10), la autonomía administrativa parece centrar su interés en la integración del ciudadano en el estado.

Después de la segunda guerra mundial se recuperaron antiguas instituciones y también se crearon otras nuevas destinadas todas a parlamentar entre la ciudadanía y el estado.

Con este fin surgieron las formas de autonomía administrativa más variadas en los diversos ámbitos de la vida y del trabajo. Hoy, después de 30 años bajo el imperio de la nueva Constitución, la participación se ha impuesto en todas las esferas de la vida alemana. De seguirse la historia de los diversos tipos de autonomía administrativa, quedaría totalmente en claro lo siguiente: la autonomía administrativa, en cuanto principio, es muy flexible. Es capaz de adaptarse a todas las decisiones nacionales fundamentales de las formas democráticas más dispares. Las posibilidades de estructuración son múltiples. **Lo fundamental es el principio de las unidades autónomas en la estructura del estado.** Las leyes estatales que dan su marco a la autonomía administrativa garantizan que esas unidades no se conviertan en estados dentro del estado. La legalidad en sí, por su parte, debe ser garantizada por las cortes.

3. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA AUTONOMIA MUNICIPAL. CONSTITUCION INTERNA Y TAREAS

Los organismos de la autonomía administrativa se presentan por regla como estructurados a imagen y

semejanza de los parlamentos y gobiernos. Aquí los regidores ofician como parlamentarios, los alcaldes como Jefe de Gobierno y los concejales como ministros.

En las grandes urbes europeas la dieta percibida por los funcionarios municipales electos a menudo se aproxima a aquella de los políticos.

A diferencia del ámbito estatal, sin embargo, no hay a nivel municipal una **división entre legislativo y ejecutivo**, en el sentido de la división de los poderes establecida por Montesquieu. El concejo edilicio más bien toma decisiones generales que pueden ser consideradas leyes locales, aunque también decisiones particulares, que en el ámbito del estado correspondería tomar a los ministerios. La administración debe ejecutar las resoluciones del concejo.

Mientras el estado es en cierto modo responsable por la totalidad de las tareas que le encomienda la ciudadanía, las municipalidades cumplen con las tareas encomendadas por las comunidades locales. **Aquí rige un estricto principio de subsidiariedad (11).**

Veamos a modo de ejemplo cuáles son las tareas que garantiza la Constitución de Baviera a sus municipalidades. En el Art. 83 párrafo 3, 1 reza que será tarea municipal velar por la administración de las finanzas municipales así como de todas las empresas de propiedad comunal. También estarán a su cargo el tránsito local y la construcción de carreteras y caminos; el suministro de agua, gas y energía eléctrica a toda la población; la creación de centros de abastecimiento alimentario; la planificación urbana y la construcción de viviendas así como la vigilancia de éstas; la educación primaria y profesional y la educación de adultos; la seguridad social y la tutela de menores así como el servicio de salud local; también le corresponde la asesoría matrimonial y la protección de los lactantes; la higiene escolar y la educación física de la juventud; los baños públicos; la sepultura de los muertos; la protección de los monumentos y de las construcciones.

Las municipalidades habrán de cumplir con esas tareas bajo su propia responsabilidad, aunque ateniéndose siempre a las leyes federales respectivas. Este cumplimiento en el marco de las leyes estatales está destinado a garantizar un mínimo de unidad a nivel nacional, pero también debe garantizar que, por ejemplo, los derechos ciudadanos garantizados por la Constitución sean también observados a nivel comunal. Para asegurar que las municipalidades no se transformen en estados dentro del estado, se instauró la herramienta del **control** sobre los municipios. Claro que ésta no debe malinterpretarse como tutela. Vigilancia o control serán, antes que nada, un medio para velar por la legalidad y facilitar la supervigilancia judicial.

4. SIGNIFICADO DE LA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA LA CONSTRUCCION DEMOCRATICA DEL ESTADO. FUNCIONES CONSTITUCIONALES Y POLITICAS DE LA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRATICO CON DIVISION DE PODERES.



BANCO DE LIMA



 Banco Asociado al
CREDIT LYONNAIS

4.1. La función Político-Democrática de la Autonomía Municipal.

La autonomía municipal tiene por función crear una base para la autoincentivación de los ciudadanos y su compromiso con el bien común. Otorga espacio suficiente para la autorrealización responsable y complementa y multiplica las posibilidades de la participación democrática en el estado. Desde el punto de vista del derecho constitucional, las municipalidades son los más importantes factores de coordinación e integración social. Entregan una apreciable plataforma para la articulación y expresión de la voluntad política (12).

Importante nos parece, antes que nada, el ensanchamiento de la base para el compromiso democrático. Si los alemanes apoyaran su democracia únicamente en los cerca de 2 mil parlamentarios federales y estatales, entonces sería ese pequeño número de personas quienes habrían de adoptar todas las decisiones políticas en nombre del pueblo. Frente a esto resulta profundamente distinto el que los alemanes cuenten en estos instantes con más de 50 mil mandatarios gracias al sistema de la autonomía municipal. Con ello observamos una cantidad infinitamente mayor de individuos tomando parte en el proceso de toma de decisiones nacional. Todas las corrientes políticas tienen una mayor posibilidad de participación, especialmente en consideración a que en las municipalidades y organizaciones edilicias pueden imponerse otros puntos de vista que aquellos que lograron imponerse en las cúpulas de los partidos (13).

Digna de mención es aquí también la influencia de las comunidades de electores que están al margen de los partidos (14).

Proponemos aquí expresar esa función político-democrática en forma muy sucinta: **compromiso del ciudadano con el estado mediante la autonomía municipal** (15).

La autonomía municipal guarda en sí, además, una función de garante de la libertad, que aquí sólo cabrá tratar en forma escueta.

4.2. Función de División de Poderes y Principio de Subsidiariedad.

El orden constitucional alemán está determinado por los principios de la división del poder, del federalismo y de la descentralización. Con la división del poder estatal entre diversos portadores administrativos independientes —niveles de administración autónomos— se complementa la división horizontal de los tres poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— con otra vertical (16).

Esta división de poderes vertical sirve para la restricción de la omnipotencia central y la debida consideración de las diferencias regionales y locales (17).

No el centralismo, sino una saludable tensión entre subsistemas autónomos es la característica estructural de este principio organizacional constitucional. La

coordinación de los subsistemas está determinada por el principio fundamental de la subsidiariedad. La solución de los problemas comunales es cosa de las municipalidades en cuanto afecten a la comunidad local.

Pío XI señaló en 1931: "Es injusto y perjudicial y representa la alteración del verdadero orden el que se transfiera a organismos superiores y mayores aquello que puede ser realizado (o solucionado) por los organismos inferiores" (18).

4.3. Función dentro del Estado Social

La previsión comunal pertenece desde siempre al ámbito característico de la administración comunal. Perteneció indiscutiblemente a la esencia funcional de la autonomía municipal (19). Aparte de los legisladores, son los organismos municipales los primeros en ser llamados a satisfacer las expectativas de rendimiento de los ciudadanos en el ámbito de la administración pública. Considerando que tal rendimiento muchas veces no reside exclusivamente en el cumplimiento de la ley sino también en el voluntariado de los mandatarios y que también ese rendimiento debe estar orientado estrictamente de acuerdo a las necesidades de la ciudadanía, es justamente la autonomía municipal la más indicada para su percepción. **Es aquí donde con la mayor probabilidad hallaremos la justa apreciación de la responsabilidad frente al prójimo** (20).

4.4. Control Democrático de la Administración

Mientras más complejos se tornan los procesos de toma de decisiones en la multifacética administración contemporánea, tanto más significativa se vuelve la **estructura personal del funcionario**. La colegialización de los organismos ejecutivos y consultores de las municipalidades y su legitimación democrática mediante una amplia representación de las múltiples agrupaciones políticas, sociales y culturales, así como el compromiso directo de los mandatarios con la ciudadanía, la localidad y los objetivos perseguidos, predestinan a los municipios a la consumación de tareas tan complejas. **Por esto decimos que en el ámbito municipal hallamos una administración democrática** (21).

Sin embargo, también el **control democrático** de la administración ocupa un sitio axiológico especial entre las funciones de la autonomía municipal. Mientras que el control administrativo verticalista muy a menudo transcurre desvitalizada y esquemáticamente —"muchas veces acosa indebidamente a quien no debe"—, el control que se presenta en el contexto de la autonomía administrativa funciona en inmediata relación con la ciudadanía. La representación ciudadana municipal encara la toma de decisiones en forma marcadamente distinta al Parlamento. A diferencia de la situación de éste frente a la burocracia ministerial, los organismos de representación municipal están concebidos como organismos de con-

trol del poder ejecutivo. Esto se observa especialmente en la forma que adopta el proceso de la toma de decisiones. Mientras en los parlamentos estatales y federal alemanes la legislación y la administración aparecen separadas, los órganos de representatividad municipales son órganos administrativos. Dada también la mayor proximidad factual y de objetivos, el funcionario municipal queda sometido a un control más inmediato. Incluso en aquellos casos en que no se aplica el derecho de ejercer el control, la sola percepción subjetiva del control y la eventualidad del control representan un importante factor. El funcionario se halla aquí constantemente encarado a una instancia que tácitamente lo insta a tomar en cuenta los elementos de control existentes, entre los que debe contabilizar también a la opinión pública (22).

Aparte de este control de la administración por la administración misma y también la ciudadanía, tenemos también el **control legal**, aplicable a todo tipo de administración. En el caso de la autonomía municipal se nos ofrece como un mecanismo de control adicional. Dado que ese control legal es practicado por instancias estatales, el proceso de toma de decisiones y el del control se escinden aquí desde el punto de vista institucional. Esto otorga aun otra garantía para la legalidad de las actuaciones administrativas (23).

En esta revisión del control ya hallamos el paso hacia las **funciones administrativo-prácticas** de la autonomía municipal.

5. LAS FUNCIONES PRACTICO-ADMINISTRATIVAS DE LA AUTONOMIA MUNICIPAL Y DE LA DIRECCION ADMINISTRATIVA AUTONOMA.

Sería erróneo contemplar la autonomía administrativa sólo desde el punto de vista de su función de realización de la democracia y soslayar su importancia para la práctica administrativa. Cuando los aliados procedieron al fortalecimiento del potencial administrativo autónomo de los municipios alemanes después de finalizada la segunda guerra mundial, ello se debió no en último lugar a la eficiencia administrativa de esa autonomía, eliminada durante la "Gleichschaltung" (coordinación) de las estructuras administrativas que ocurrió durante el "Tercer Reich".

Los problemas del ámbito local pueden ser solucionados mejor y más rápidamente allí donde emergen. Esto ya constituye en nuestros días una perogrullada de la doctrina administrativa. Pues la estricta verticalista suscita pérdidas de impulso ejecutivo en su descenso por la escala de procedimientos. Y la capacidad de solucionar problemas exige también por naturaleza el otorgamiento de la necesaria facultad y una amplia renuncia a las prerrogativas estatales.

Favorece también al concepto de la autonomía administrativa —hablando desde un punto de vista de la práctica administrativa— el que las decisiones erróneas por lo general sólo hacen sentir su efecto en el ámbito del organismo mismo **no atacando al sistema total**. La autonomía está en su esencia también más vinculada con la ciudadanía, no sólo geográficamente, sino más bien en el sentido de la responsabilidad y la competencia frente a las decisiones. También la administración estatal puede vincularse con la ciudadanía (24).

Finalmente podemos afirmar que la administra-

ción comunal permite un estilo de administración totalmente distinto y más flexible, más considerado respecto de las situaciones particulares y los intereses ciudadanos que la lenta y gradualizada administración estatal (25). A esto se suma que la universalidad del trabajo político-municipal, la fuerza formadora de las posibilidades creadoras y la conducción relativamente independiente de las comunas pueden otorgar a la administración municipal una cierta dinámica y amplitud de miras. El funcionario individual, deseoso de su reelección, se torna más creativo, ejecutivo y también arriesgado que aquel funcionario fiscal enclaustrado en un aparato administrativo sin alternativas. La necesidad de poner en juego cada 4, 6 ó 12 años el puesto que ocupa y estar además siempre expuesto al juicio de la opinión pública local determina de otra forma al funcionario municipal que al estatal, dependiente exclusivamente del principio de legalidad de la administración.

6. LAS AMENAZAS PARA LA AUTONOMIA MUNICIPAL

Tal como en los estados administrativos jerárquicos retorna reiteradamente la tendencia a la **concentración** de las tareas administrativas en el nivel administrativo superior, así también la relación del estado con sus unidades autónomas muchas veces se caracteriza por un **creciente socavamiento de las tareas municipales**, así como de sus atribuciones. Los sistemas de autonomía administrativa hacen crisis en forma regular debido a las ambiciones centralistas. Tanto más consolidado esté un estado en cuanto tal, tanto más habrán de defenderse los organismos autónomos contra la usurpación de sus tareas. Esto se hace especialmente patente con el período de reformas que experimenta la República Federal de Alemania desde hace ya 10 años y durante el cual tareas propias de las administraciones estatales y federal han sido traspasadas a los municipios. Si bien el principio como tal no ha sido aquí imputado, puede decirse que las crecientes aspiraciones centralistas pueden conducir paulatinamente al socavamiento de la autonomía administrativa. **Tanto más se coloque en primer plano el aspecto de la eficiencia administrativa, tanto más fuerte se hace la tendencia hacia lo totalitario.** Por esto el aspecto de la eficiencia administrativa siempre habrá de comprenderse yuxtapuesto con las exigencias que plantea el estado de derecho democrático.

Fuentes de peligro para la autonomía administrativa surgen de la creciente asfixia legal de los organismos autónomos, del caudal legalista y del perfeccionismo legal; de la cada vez mayor planificación general del estado, especialmente en el plano de la regulación urbana; del casi indomable espíritu subvencionista, que somete a las municipalidades a la generosidad centralista, aunque también de los derechos laborales y remunerativos del funcionario estatal, que torna más atractivo el servicio al estado que aquel a los municipios (26).

Diversos grupos de expertos y congresos de funcionarios y teóricos administrativos alemanes intentan desde hace varios años avanzar en estos problemas, aunque su labor aparece por ahora estancada (27).

A pesar de estos peligros y crisis y también las ocasionales honras fúnebres que se le prestan, la autonomía administrativa aparece hoy tan saludable como nunca. Esto queda expresado claramente con su alto

potencial defensivo. Por este motivo siempre habrá de contestarse positivamente a las preguntas que surgen esporádicamente en Alemania sobre el futuro de la autonomía municipal (28).

El significado y trascendencia de la autonomía municipal quedan de manifiesto en el hecho de que diversas naciones del mundo, incluyendo Francia, consideran ejemplar el sistema de la autonomía municipal alemana y discuten intensamente su adopción.

7. EL ROL DE LOS PARTIDOS EN LA AUTONOMIA MUNICIPAL. DEPOSITARIOS DE LA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA (29)

La época de la administración local a nivel de notables concluyó hace mucho. También la administración municipal se politiza. Los partidos descubrieron la autonomía municipal. Ya no puede excluirse del cuadro municipal. La autonomía administrativa ya no es una toma de decisiones administrativa apolítica, lo que no impide que todavía en la actualidad la mayoría de las decisiones adoptadas en los municipios alemanes son producto del consenso. Pero la decisión individual no es tanto cosa de prestigio, que dada la división en partidos necesita expresarse sólo en términos de pro o de contra; luego de acaloradas discusiones siempre se encuentra un compromiso aceptable para todas las partes. Esto se hace necesario en consideración al tipo de decisiones que se adoptan, ya que deben ser inmediatamente ejecutadas, mientras la legislación general crea, antes que nada, regulaciones generales abstractas, que sólo más tarde serán aplicadas a casos particulares.

Si un partido toma en serio el mandato constitucional que le es propio, en el sentido de participar de la conformación de la voluntad popular, también debe perseguir esa conformación a nivel local. Sus crecientes actividades deben entonces también servir a los fines de la autonomía administrativa. Pues el ciudadano puede ser relacionado con el estado mucho más fácilmente por la vía de la autonomía administrativa que por la de la alta política, o tal como lo expresa la Constitución del estado de Baviera: "La democracia está construida desde abajo y sobre el fundamento de la autonomía administrativa. Las comunas y municipalidades crean la base para la comprensión de la democracia en un ámbito comprensible y posible de abarcar, que permite encarar aquellos problemas que atañen y apelan al individuo. No cabe esperar que la mayoría ciudadana reconozca sin más a la democracia en el ámbito total del estado. Para la mayoría el cúmulo de problemas es excesivo y poco comprensible y para muchos incluso carece de interés. A ellos les interesa, antes que nada, ser bien gobernados; les interesa, por sobre todas las cosas, contar con buenas entradas económicas" (30).

Pero las decisiones a nivel comunal suelen surtir muchas veces efectos sobre la vida individual inmediata. El individuo puede participar y comprometerse

en asuntos de su directa incumbencia (31).

8. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA COMO ESCUELA PARA LA DEMOCRACIA

Desde luego que en este nivel local es donde deben practicarse sin concesiones los modos de comportamiento democráticos: postergación de los propios intereses; cesión de la postura egocéntrica del pensamiento en favor de un pensar y actuar para la totalidad.

Es en este nivel, intermedio entre la familia, el clan y el grupo de interés, por una parte, y el estado por la otra, que puede ejercerse el pensamiento y la actuación destinada al "bonum commune". Aquí se trata de ver los intereses de todos y no de determinados grupos. Las decisiones están aquí sometidas a la constante crítica directa de la ciudadanía, hecho que se debe exclusivamente a su efecto inmediato. Mientras el parlamentario recibe la cuenta por sus actuaciones recién en la próxima elección —acaso la reciba alguna vez—, en el caso de los funcionarios municipales podemos observar que el elogio o la crítica por regla son materia de los comentarios de la prensa local al día siguiente de haberse adoptado algún procedimiento o decisión. Esa crítica se atiene fundamentalmente al concepto que se tenga en cada caso del bien común. Tal repercusión inmediata de las actuaciones surte un efecto inmediato sobre la toma de decisiones misma.

Es así como la autonomía municipal puede ser una institución que permita acostumbrarse a pensar en términos de bien común.

Interconectada entre las instituciones autorreferentes de la familia y los grupos de interés, por un lado, y el estado por otro, puede convertirse en una escuela de democracia que obliga al individuo en forma casi natural a pensar y comprender con nuevas categorías, incluso en el ámbito del estado en su conjunto; en categorías democráticas y sujetas a los intereses del pueblo en su conjunto.

Juntamente con lo anterior nos parece de suma importancia desmontar la manifiesta indiferencia ciudadana frente al ser gobernado. El interés meramente egoísta debe extenderse hacia lo que ocurre en el ámbito inmediato de la localidad, ciudad o región. Entonces con el tiempo también se extenderá casi automáticamente hacia una comprensión del estado. Pues la democracia sólo posee capacidades de desplegarse en los espacios mayores si es ejercida y realizada diariamente en los ámbitos menores (32). Por lo tanto, más democracia por la vía de la autonomía administrativa.

Es así como la soberanía comunal o autonomía municipal puede construir la democracia desde abajo hacia arriba y otorgarle así durabilidad. La soberanía municipal puede establecerse en pilar de la democracia. Y tal vez no sea exagerado afirmar que la autonomía administrativa es una insoslayable condición para una democracia a prueba de crisis (33).

(1) En particular: Gasser, *Gemeindefreiheit in Europa*, Basilea, 1946, 2a. edición.

(2) Véase John W. Bennett, "El desafío de las municipalidades, perspectivas en los E.U.A.", en *La economía norteamericana*, No. 2, p. 67.

- (3) Nassauer Denkschrift, Berg, "Democracia y autonomía municipal". **Städte und Gemeinderat**, 1979, 346.
- (4) Reproducido en Ernst Forsthoff, **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**, vol. I, 10 ed. München, 1973, p. 523.
- (5) Véase Von Unruh: **Gemeinderecht in von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht**, 5a. ed., Berlin-New York, 1979, p. 97.
- (6) Rudolf von Gneist, **Geschichte und heutige Gestalt der englischen Kommunalverfassung**, 1963.
- (7) Von Unruh, **Gemeinderecht**, op. cit., p. 98.
- (8) Wilfried Berg, **Demokratic und kommunale Selbstverwaltung. Städte und Gemeinderat**, 1979.
- (9) Gasser, **Gemeindefreiheit in Europa**. 2a. ed. Basilea, 1946.
- (10) Para la historia de la autonomía administrativa en Alemania: Heinrich Heffter, **Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert**, Stuttgart, 1950.
- (11) Respecto de la subsidiariedad en relación a la independencia comunal en diversos sistemas, Gasser, op. cit., p. 31 ff.
- (12) Von Mutius, "Verfassungsgerechliche Vorgaben für eine Funktionalreform in kommunalen Bereich". **Städte und Gemeindebund**, 1977, p. 167 ff.
- (13) Hans Gerhard Stockinger, "Die kommunalen Wählervereinigungen", Diss. jur. Würzburg, 1975.
- (14) Guenther Puettner, "Die Bedeutung der Gemeinden für den demokratischen Staatsaufbau". **Städte und Gemeinderat**, 1973. p. 199.
- (15) Knemeyer, **Bayerisches Kommunalrecht**, 3a. ed. München, 1980.
- (16) Knemeyer, **Dezentralisation als Mittel der Gewalteneinteilung überholt?** DVBl, 1976, 380, ff.
- (17) Véase también Lerche, **Bezirkliche Selbstverwaltung**, München, 1972.
- (18) Para el principio de subsidiariedad véase especialmente Isensee, **Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht**, Berlin, 1968.
- (19) Scholz, **Neue Entwicklung im Gemeinde-Wirtschaftsrecht**. DöV, 1976, 441, ff.
- (20) Véase Von Mutius, "Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Funktionalreform im kommunalen Bereich", **Städte und Gemeindebund**, 1977, pp. 167-170.
- (21) Respecto de la autonomía administrativa como medio para la democratización de la administración y para el desmantelamiento de la burocracia centralizada, véase Gasser, **Gemeindefreiheit in Europa**, p. 203.
- (22) Véase Puettner, op. cit., p. 200.
- (23) Véase Von Mutius, op. cit., p. 167 ff.
- (24) Michael Lorbacher, "Selbstverwaltung und Fremdverwaltung", en **Bull, Verwaltungspolitik, Neuwied und Darmstadt**, 1979, p. 182.
- (25) Véase Wolff/Bachof, **Verwaltungsrecht II**, 4a. ed. München, 1976.
- (26) Lorbacher, op. cit., 186 ff.
- (27) Véanse las observaciones al Congreso de Juristas Alemanes, Berlín 1980 y conferencia del autor sobre el radio de acción necesario para la autonomía municipal. NJW 1980, p. 1140 ff.
- (28) Dehe, "Hat die kommunale Selbstverwaltung noch eine Zukunft?" **Der Landkreis**, 1973, p. 477; Knemeyer, "Hat die kommunales Selbstverwaltung noch eine Chance?" **BayBGM**, octubre de 1976. También en "Die Chance der kommunalen Selbstverwaltung, Deutscher Städte und Gemeindebund", 1976, 297 ff.
- (29) Véase colección de ensayos en **BayBGM** de enero, 1979. Theo Trachternach, "Los partidos en la autonomía municipal", **Schriften zur öffentlichen Verwaltung**, vol. 8, 2a. ed., Würzburg, 1975; Gerhard Lintz, **Politische Parteien und kommunale Selbstverwaltung**, Baden-Baden, 1973; Heino Kaack, "Parteien und Wählergemeinschaften auf kommunaler Ebene", en Rausch/Stammen, **Aspekte und Probleme der Kommunalpolitik**, 3a. ed.
- (30) Véase Knemeyer, "Grundsätzliche Ueberlegungen zum Thema Kommunen und Parteien", en **BayBGM**, enero de 1979.
- (31) Véase Kuehne/Meissner, **Züge unmittelbarer Demokratie in der Gemeindeverfassung**, Göttingen, 1977; Helmut Köser, **Der Bürger in der Gemeinde**, Bonn, 1979.
- (32) Gasser, **Gemeindefreiheit in Europa**, p. 61 y para escuela véase especialmente Gasser, op. cit., p. 85.
- (33) Gasser, op. cit., p. 10 ff.

“La Sociedad de Gananciales: Supervivencia de la Sociedad Questaria en el Derecho Civil Moderno” (1)

El 22 de diciembre del año de 1938, un barco pesquero lanzó sus redes en la desembocadura del río Chalumna en África del Sur; media hora más tarde, los marineros se agrupaban alrededor de un pez de color azul con unas raras escamas que no habían visto jamás. Se trataba del hoy famoso “Celecanto”, verdadero fósil viviente, perteneciente a una especie que los científicos daban por extinguida hace más de 70 millones de años.

Análoga es la situación de la sociedad llamada “Questaria” o de Ganancias, que en algunos textos se encuentra con el larguísimo nombre de sociedad “Omnium Quae et Quaestu Veniunt”, perteneciente al tipo de las hoy desaparecidas sociedades Universales, que como caso extraño ha pervivido en el derecho moderno, en la forma de la llamada sociedad conyugal o de bienes que se forma por el sólo hecho del matrimonio y al contraerse éste.

1. Las Sociedades del Derecho Romano.

No precisando el mundo económico de los romanos de la formación de grandes capitales, el contrato de sociedad no tuvo el desarrollo considerable que sí ha tenido en cambio en el derecho moderno, modificando la mayoría de las concepciones romanas sobre la materia. Así, uno de los pilares sobre los cuales descansan las clasificaciones del contrato que nos ocupa, o sea la responsabilidad de los socios, fué prácticamente desconocida por los jurisconsultos de la época que prefirieron entre otros criterios y quizá como el más importante, atenerse a la existencia de los aportes como criterio diferenciador de los varios tipos de sociedades.

Un texto de las Institutas de Justiniano indica la división principal de las sociedades en dos clases:

UNIVERSALES Y PARTICULARES (2). Como la llamada Questaria cuya supervivencia pretendemos demostrar, pertenece a las primeramente nombradas, vale la pena recapitular y delinear sus principios básicos.

1.1. Las Sociedades Universales.

Las sociedades Universales se caracterizaban porque el aporte en ellas consistía en la totalidad del patrimonio, o una parte alícuota del mismo. Podían revestir dos formas:

1.1.1. Las Sociedad OMNIUM BONORUM:

Su origen se encuentra en los primeros siglos de Roma en la institución de la familia. Cuando moría el jefe de familia, sus hijos y herederos se convertían en copropietarios del patrimonio común y generalmente sobre ese estado de copropiedad se establecía una sociedad OMNIUM BONORUM para así acrecentar el patrimonio común.

Carlos Dario Barrera Tapias,

Profesor Titular de Derecho Romano de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Este primer tipo de sociedad lleva el nombre de CONSORTIUM.

Más tarde, cuando la institución de las MANUS MARITI y el régimen de la dote matrimonial cayeron en desuso, se cree que se implantó este tipo de Sociedad Universal entre los cónyuges que voluntariamente quisieran formarla, perfilándose así el origen de la sociedad conyugal moderna.

La sociedad OMNIUM BONORUM era entonces aquella que se formaba sobre todos los bienes presentes y futuros de los socios, cualquiera que hubiese sido el título de adquisición. Todos los créditos, activos o pasivos de los socios ya fueran presentes o futuros, entraban en la composición del haber social y los negocios eran limitados.

1.1.2. Societas Universorum Quae ex Quaestu Veniunt o Sociedad Questaria.

Sociedad Universal de todas las Ganancias, o para usar una palabra que se acerca más a su origen latino, “Sociedad Universal de Adquisición” (Quaestuum): comprende todos los beneficios que proceden de los actos y las operaciones de los socios, con tal que sean lícitas, como por ejemplo: ventas, compras, arrendamientos u otros actos, pero no legados, herencias o donaciones porque en éstos no se descubre obra del socio.

Esta sociedad, también denominada “SOCIEDAD QUESTARIA”, siempre se reputa formada cuando las partes no han determinado una clase distinta.

Vemos así que en la sociedad OMNIUM BONORUM entran todos los bienes presentes y futuros de los socios, en tanto que en la sociedad QUESTARIA o SOCIEDAD OMNIUM QUAE EX QUAESTRU VENIUNT sólo entran a formar parte aquellos bienes adquiridos por los socios mediante su trabajo y esfuerzo personal.

1.2. Características de la Sociedad Questaria.

1.2.1. Carencia de Personería Jurídica.

Sabido es que los romanos no desarrollaron la institución de la Personería Jurídica y en consecuencia ninguno de los tipos de sociedades que clasificaron, a excepción quizás de las Vectigalium, constituían una persona jurídica distinta de los socios. Se hace hincapié en esta característica común —se repite— a todas las sociedades de la época; por la circunstancia que se analizará más adelante de que la sociedad conyugal moderna, en diversas legislaciones no tiene Personería Jurídica.

1.2.2. Administración:

También es común a todos los tipos de sociedad romana, como corolario de la ausencia de personería jurídica, el principio de que la administración corres-

ponde a los socios, y que los contratos que cada uno de ellos celebran no comprometen a los demás en frente de los terceros con quienes se ha contratado.

1.2.3. Patrimonio Social:

Estaba constituido por "todos los bienes adquiridos como ganancia" (3). "Entendiéndose por tal lo que procede del esfuerzo de alguien" (4) y los que resultaran de la inversión de esas ganancias.

1.2.4. Bienes que no entraban a formar parte del Activo Social:

No entraban a formar parte del "Patrimonio" social los siguientes bienes:

- * los adquiridos por herencia
- * los legados
- * las donaciones
- * las deudas que no dependan de un negocio social.

Como se ve los bienes con que los contratantes contaban al perfeccionarse el contrato, permanecían como propios de los socios, lo mismo que aquellos que se adquirirían dentro de su vigencia pero a título gratuito.

2. Las Sociedades Universales en el Derecho Moderno.

Este tipo de sociedades deben necesariamente considerarse como una especie extinguida en el Derecho Civil Moderno. En efecto, riñen con el principio de la inalienabilidad del patrimonio por acto entre vivos; "puesto que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, una persona no puede ceder, transmitir su patrimonio; el patrimonio es intransmisible". (5)

Esta lapidaria afirmación de los hermanos Mazeaud unánimemente acogida por el Derecho Civil Moderno se refiere desde luego a la transmisibilidad por acto entre vivos, como agregan los autores a continuación de la anterior afirmación.

El Código Civil Alemán (B.G.B.), en su Artículo 310, establece el principio al disponer la nulidad del contrato por el cual una parte se obliga a transmitir o a gravar con un usufructo su patrimonio futuro o una cuota de dicho patrimonio futuro.

El legislador peruano (*) ha adoptado una posición semejante al sancionar en el art. 1406 del Código Civil la nulidad de estos actos.

Y el Código Civil Colombiano, Artículo 1.521, tiene como objeto ilícito la enajenación de "... 2a. los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona". Dentro de los cuales están obviamente sus atributos y en ellos el patrimonio.

Es por esta razón, ni más ni menos, que la existencia de una sociedad universal en el Derecho Civil Moderno constituye un caso excepcional de supervivencia jurídica de una figura que, salvo el caso de la sociedad conyugal que se comenta, desapareció hace mucho tiempo de los códigos del mundo.

3. La Sociedad Conyugal y su semejanza con la Sociedad Questaria.

Sea lo primero, a este respecto, indicar que no ha sido cosa de estos tiempos tratar la sociedad conyugal de bienes como una sociedad universal de ganancias. Hace mucho tiempo lo advertía el viejo Heineccio en sus Recitaciones del Derecho Civil, donde se lee "... se llama sociedad general, cuando los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demás que se adquiere por el beneficio de la

fortuna. Esta es más rara, no obstante que en algunos pasajes se observa entre los cónyuges a los cuales pertenece en común lo que adquieren durante el matrimonio, bien que cada cual reserve para sí lo que reciben por herencia u otro título..." (6)

Los regímenes modernos permitiendo, desde luego, que los cónyuges se aparten del régimen general a través de las Capitulaciones Matrimoniales, han optado por la fórmula de la llamada Sociedad de Bienes, respecto de la cual compartimos plenamente la afirmación de los Hermanos Mazeaud de que "Los Regímenes Comunales son los que mejor corresponden con los fines del Matrimonio". (7)

Y es éste también el sistema adoptado por la Legislación Alemana de la "Sociedad de Ganancias"... de provechos: los provechos del trabajo y de los patrimonios de ambos cónyuges se hacen comunes... (8)

El moderno Código Civil Peruano lo consagra expresamente en los Art. 295, 301 y siguientes con el nombre de "Sociedad de Ganancias".

Por su parte el Derecho Civil Colombiano la consagra expresamente con el nombre de "sociedad de bienes" de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 13 del Decreto 2820 de 1974: por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges según las reglas del título 22 Libro IV del Código Civil.

Sentada esta premisa, analicemos las características que hacen tan semejante la antigua sociedad "Questaria" con la figura jurídica que venimos comentando.

3.1. Ausencia de Personería Jurídica:

Como se dijo antes, ésta era una característica fundamental de la sociedad romana en general; pues bien, esta falta que en términos generales se ha enrostrado a los juristas romanos para tildarlos de arcaicos y poco imaginativos respecto de este contrato en particular, ha trascendido a la mayoría de las legislaciones modernas en lo relacionado a la sociedad conyugal; si bien existen regímenes que la dotan de una Personería Jurídica distinta de la de los cónyuges, el sistema más aceptado consiste en el de no individualizarla aparte de sus "socios".

El Código Civil Peruano sigue el mismo criterio en el sentido de considerar que la Sociedad de Gananciales no es una persona jurídica distinta de los socios. Lo expuesto, se deduce del análisis general del articulado correspondiente, y principalmente de las siguientes disposiciones:

— El Art. 307, al disponer que puedan hacerse efectivas en ciertos casos, sobre los bienes sociales, las deudas propias de uno de los cónyuges. Si la sociedad fuese Persona jurídica, no podrían perseguirse bienes de ella para la satisfacción de obligaciones propias;

— El Art. 317 que establece la posibilidad de perseguir, en los bienes propios, las deudas de la sociedad.

— En general, la mención que siempre hace el Código de "Patrimonio Social" o de "régimen de sociedad de gananciales" evitando toda alusión a la personería jurídica de la misma.

— Por último, el Art. 77 establece la necesidad del reconocimiento estatal para la existencia de las personas jurídicas de Derecho Privado. El reconocimiento, que generalmente se otorga a través de la inscripción registral, no está presente en la sociedad de gananciales.

Este criterio no es más que una consecuencia lógica del hecho de considerarla como una comunidad de bienes, y sabido es que una de las características de la indivisión consiste en que ella no se considera una persona jurídica distinta de la de los condóminos.

3.2. La Administración:

Resulta paradójico el fenómeno de que hasta el siglo pasado, una de las diferencias que se podían encontrar entre la sociedad conyugal y la Questaria de los romanos, era en punto de la administración de los negocios sociales; sin embargo, la evolución del derecho ha llevado a asemejarlas aún en este punto.

En efecto, hemos dicho que según los principios romanos la administración de la sociedad corresponde a todos los socios. Pues bien, los códigos civiles que actualmente nos rigen, elaborados en su mayoría en el siglo pasado o basados en ordenamientos de la época, consagraron la doctrina imperante en la época de que la administración de la sociedad conyugal le correspondía exclusivamente al marido. Escasamente fué otorgado un germen de capacidad para representarla en punto de los llamados "Gastos Domésticos" sobre la extensión de los cuales inclusive debieron hacerse discusiones tan largas como inútiles.

Así, el Artículo 1.443 del B.G.B. establece que "el patrimonio común está sometido a la administración del marido.

Así ocurría en el Derecho Francés donde el manejo del patrimonio conyugal era "prerrogativa esencial del cabeza de familia". Por tanto, y en principio, el marido era el que ejercía ese gobierno. Y el Código Civil de don Andrés Bello no se apartaba de la teoría de la época, consecuencia de lo cual fué su consagración en el Código Civil Chileno y en el Colombiano que establecían en forma lapidaria que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales..." (9)

El Código Civil Peruano de 1936 contenía disposiciones semejantes al establecer en sus artículos 161 y siguientes que era el marido quien dirigía la sociedad conyugal y decidía las cuestiones económicas, además de ser el representante de la sociedad.

Sin embargo, el advenimiento del nuevo siglo trajo consigo la muy justa reivindicación de los derechos de la mujer y ello se tradujo en una marcada tendencia a igualarlas en los derechos con los hombres. Y precisamente el primer campo donde se manifestó la nueva directriz fué en el régimen de bienes del matrimonio. En Colombia, concretamente la Ley 28 de 1932 puso fin a la anacrónica institución del marido "jefe de familia" y por ende administrador no sólo de los bienes sociales sino aún de los propios de la mujer. El Artículo 1º. de la norma citada, estableció la libre administración que cada cónyuge tendría no sólo sobre los bienes que le pertenecían con anterioridad al matrimonio sino también sobre los que adquiriera a cualquier título con posterioridad a él.

En el Derecho Peruano la semejanza de la Sociedad de Gananciales con la Sociedad Questaria es en este punto más clara, toda vez que los Art. 290, 292, 313 y 315 prescriben que la administración y representación de la sociedad corresponde conjuntamente a ambos cónyuges.

Así, paradójicamente, vino con el curso del tiempo y de la evolución del derecho a equipararse una vez más la sociedad conyugal a la universal de ganancias

de los romanos, en punto de la administración de ella, que corresponde hoy a los cónyuges —socios— como en las viejas épocas.

3.3. La Incapacidad de uno de los socios de comprometer al otro:

En el contrato de sociedad romano, no existiendo la personalidad jurídica por una parte, y por la otra desconociéndose la representación, era evidente, como se dijo antes, que ninguno de los socios podía comprometer a los otros frente a terceros con sus actuaciones. Igual ocurre actualmente con la sociedad conyugal: obligándose uno de los cónyuges frente a algún tercero no puede éste perseguir la satisfacción de sus derechos en los bienes del otro cónyuge. Correlativamente los créditos adquiridos por cualquiera de ellos, como en la antigua sociedad questaria, no pueden ser exigidos a los deudores por el otro cónyuge que en frente de los deudores de éste último es un ser indiferente que nada tiene que pedir ni reclamar.

Así lo ha entendido el Legislador Peruano al disponer en el Art. 308 del Código Civil que "los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de las deudas personales del otro".

3.4 Bienes que conforman la Sociedad Conyugal:

En este punto, es en el que con mas claridad se asemeja la sociedad de bienes a la Questaria. En efecto, bien se puede afirmar que los derechos que forman el acervo de aquella, son exclusivamente los que resulten adquiridos por los cónyuges con posterioridad al matrimonio, es decir las ganancias de tipo pecuniario que se deriven del consorcio (gananciales).

Así, el Código Civil Francés establece en el Artículo 1401 su composición, de la siguiente manera:

- a) los bienes muebles que los esposos poseyeran el día del matrimonio;
- b) los bienes muebles que se adquieren durante la vigencia de éste;
- c) los frutos de los bienes propios de los cónyuges y de los que adquirieran a cualquier título durante el consorcio;
- d) los inmuebles que se adquirieran durante el matrimonio.

Por su parte el Código Civil Alemán distingue en el punto de los bienes matrimoniales, entre el patrimonio aportado y el patrimonio reservado. El primero de ellos es administrado por el marido y está formado por los bienes adquiridos por la mujer y por el marido durante la vigencia del matrimonio (artículo 1.363).

A su turno el Código Civil Colombiano, en su Artículo 1781 establece el haber de la sociedad conyugal así:

- a) Salarios y emolumentos devengados por los cónyuges durante el matrimonio. En esto se aparta del Código Civil Alemán, en donde los devengados por la mujer hacen parte del patrimonio reservado.
- b) Los frutos de los bienes, propios o sociales, producidos durante el matrimonio.
- c) El dinero aportado al matrimonio que se adquiriera durante su vigencia.
- d) Los bienes muebles existentes al momento del matrimonio o adquiridos durante él.
- e) Cualquier tipo de bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del consorcio (aún inmuebles)

NUESTRO AGRADECIMIENTO A:

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

La enumeración mucho más prolija que la de Código Francés, coincide básicamente con ella. Y en punto de la semejanza con la sociedad questaria es muy alto. Solamente encuentra excepción en el hecho de que parece aceptarse hoy por hoy y en forma unánime que los bienes muebles en cabeza de los contrayentes al contraerse nupcias y los que se adquieren posteriormente a título gratuito, forman parte del acervo social a diferencia del tipo romano que se pretende comparar, en donde no se hacía distinción. La diferencia es más tenue si se tiene en cuenta que de cualquier manera los bienes muebles así aportados, causan las llamadas recompensas, es decir, su estimación debe devolverse a los cónyuges en la liquidación definitiva de la sociedad.

En la enumeración del Art. 302 del Código Civil Peruano se relacionan los bienes propios de cada cónyuge y el art. 310 señala que los no comprendidos en aquel, se tendrán por sociales.

Así, se debe entender que forman el acervo del patrimonio social, como regla general, la totalidad de los bienes adquiridos a título oneroso con posterioridad a la celebración del matrimonio, con excepción de aquellos que sean adquiridos por subrogación de un bien propio. El art. 310 es muy claro al indicar que los bienes adquiridos con el trabajo o el ejercicio de cualquier industria o profesión, son sociales.

3.5. Bienes que se excluyen de la Sociedad Conyugal.

Siguiendo el mismo orden, analicemos primero la norma del Código de Napoleón, contenido en el Artículo 1.404: "los inmuebles que los esposos posean el día del matrimonio o que se les trasmitan a título de sucesión, no ingresan en la comunidad..."

Y más adelante establece el Artículo 1.405 que "las donaciones de inmuebles que se hagan durante el matrimonio a uno sólo de los esposos no ingresan a la comunidad y le pertenecen únicamente al donatario..."

El B.G.B. por su parte en su Artículo 1.369 dispone que "es patrimonio reservado lo que la mujer adquiere por herencia, por legado o como legítima o lo que le es atribuido gratuitamente entre vivos por un tercero..."

Siguen también esta corriente los Códigos Civiles Chileno y Colombiano. Este último establece en su Artículo 1.782 que "las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente a cualquiera de estos títulos no aumentaría el haber social sino el de cada cónyuge".

El Código Peruano contiene una moderna regulación al respecto. En efecto, conservando los ya mencionados casos de los bienes adquiridos a título gratuito y de los bienes aportados al iniciarse la vigencia de la sociedad, nos presenta hipótesis nuevas tales como la de considerar las indemnizaciones por seguros de vida y los derechos de autor o inventor como bienes sociales.

Del análisis de los ordenamientos transcritos, surge entonces que se excluyen del acervo social o comunal los bienes adquiridos a título de herencia, legado o donación, es decir los que se han adquirido, diría Heineccio "por beneficio de la fortuna". Se ve entonces con una claridad meridiana cómo se cumplen una vez más los principios básicos de la sociedad questaria.

4. Conclusión.

De suerte que podemos concluir que el régimen de los bienes en el matrimonio moderno corresponde al de la antigua sociedad questaria y que ésta antigua forma de asociación de características aparentemente tan extrañas ha pervivido en el derecho moderno para desesperación de los detractores del derecho romano y de quienes piensan que se trata de un ordenamiento arcaico y obsoleto, útil cuanto más para causar quebraderos de cabeza a los estudiantes de los primeros años en las facultades de Derecho. Prueba de lo contrario es entre otros muchos ejemplos el de esta extraña clase de sociedad universal la questaria —que como en el caso del "Celecanto", a cuyo descubrimiento hacía referencia al comienzo, se ha negado tercamente a desaparecer— demostrando, una vez más, la clara inteligencia y el admirable criterio jurídico de los ilustres juristas que la delinearon.

- (1) Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Lima (Perú), del 6 al 8 de agosto de 1985.
- (2) Institutas de Justiniano. Libro III. Título XXV. Pág. 267.
- (3) **Digesto**. Versión Castellana por D'oors A., Hernández-Tejero M. Editorial Aranzadi, España, 1.968. Pág. 241.
- (4) **Digesto**. op. cit. 17.2.8.
- (5) Mazeaud, Henri y Leon. **Lecciones de Derecho Civil**. Parte I, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina. 1.959. Pág. 439.
- (*) El autor desea expresar su agradecimiento a la señorita Beatriz Boza por su colaboración en el análisis del Código Civil Peruano.
- (6) Heineccio, Juan. **Recitaciones del Derecho Civil**. Librería de Pascual Aguilar. Valencia. 1.879. Pág. 261 y 262.
- (7) Mazeaud, Henri y León. Ediciones Jurídicas Europa — América. Buenos Aires. 1.959. Pág. 60.
- (8) Enneccerus. Wolff. Kipp. **Derecho Civil**. Casa Editorial Bosch. Barcelona. 1.953. Pág. 479.
- (9) Código Civil Colombiano. Artículo 1.805.

“Elaboración de Leyes a Nivel Administrativo y Análisis Económico: Una perspectiva Norteamericana”

ROBERT LITAN,
Socio Senior del Instituto Brookings

Recientemente he tomado conocimiento del hecho que el Perú está dando pasos importantes para democratizar su producción legislativa al requerir que las entidades gubernamentales que soliciten comentarios públicos sobre sus reglamentos y a preparar un análisis sobre los costos y beneficios de las mismas. Se me ha solicitado dar mi punto de vista sobre estos esfuerzos en base a la experiencia adquirida como especialista en legislación del Consejo de Asesores Económicos del Presidente Carter y como abogado privado y economista con experiencia en los procedimientos normativos a nivel administrativo en los Estados Unidos. Lo haré primero describiendo el desarrollo de nuestro sistema. Luego presentaré varias de mis observaciones sobre los Nuevos Procedimientos en el Perú, consagrados en el Decreto Supremo N° 071-84-PCM y en la Resolución CODE N° 001-85.

Bajo la Constitución de los Estados Unidos, las leyes federales sólo pueden ser establecidas por el Congreso. Pero debido a que la economía norteamericana ha ido creciendo y volviéndose cada vez más compleja, los Congresistas y los Senadores no han tenido ni el tiempo ni el deseo de promulgar legislación detallada para cubrir cada situación o problema. Más bien el Congreso ha ido promulgando leyes cada vez más amplias y delegando a un número creciente de organismos federales la tarea de “llenar los vacíos” estableciendo nuevas normas.

Sin embargo, el delegar a la administración esta tarea representa un problema para nuestro sistema legal democrático. Pese a que las normas de las entidades gubernamentales no son técnicamente “leyes”, éstas pueden ser tan efectivas como las leyes, como estoy seguro lo reconocen los funcionarios peruanos. Pero debido a que las normas son establecidas por agencias gubernamentales y no por representantes elegidos del Congreso, los tribunales norteamericanos al principio se mostraron contrarios a que la Constitución permitiera al Congreso delegar sus poderes tan liberalmente. En particular, la Quinta Enmienda de nuestra Constitución —en base a la que no se puede privar a ninguna persona de sus derechos ni de su propiedad sin el “debido proceso de ley” es una parte fundamental de la misma. Ya que las normas de la administración pueden afectar los derechos y la propiedad de los ciudadanos, el hecho que éstas sean impuestas por funcionarios del Gobierno que no han sido elegidos (sino nombrados como parte del sector público) claramente crea un desafío importante en principio a nuestro sistema democrático.

Nuestros tribunales han resuelto este dilema al exi-

gir que las entidades gubernamentales den la oportunidad a los ciudadanos para que se lleve a cabo una audiencia o les otorguen el derecho para enviar sus comentarios escritos sobre las acciones propuestas de Gobierno antes que éstas se declaren vigentes. En 1946 el Congreso formalizó este derecho de participación pública al promulgar la ley de Procedimientos Administrativos (APA) que es más detallada que el nuevo decreto sobre promulgación de leyes en el Perú, pero es muy similar al mismo. Específicamente esta ley estipula lo siguiente:

- Antes que un organismo federal adopte una decisión (como por ejemplo la decisión de otorgar una licencia) la cual afecte a una empresa **individual** o a un ciudadano, primero tiene que dar la oportunidad para que se lleve a cabo una **audiencia pública**.
- Antes que la administración promulgue una **norma** que afecte a una **clase amplia de empresas y ciudadanos**, primero tiene que transcurrir un período para que se envíen los comentarios por escrito sobre la norma propuesta.
- Todas las decisiones de los organismos gubernamentales tienen que estar sustentadas por pruebas disponibles, consideradas como un todo, y deben estar racionalmente relacionadas con los propósitos de los dispositivos que autorizaron las mismas. De otra manera, los tribunales anularán las decisiones, lo que ocurre con frecuencia.

Los requerimientos de participación pública de nuestra Ley de Procedimientos Administrativos sirven de muchos propósitos. Primero, le dan al **público** un sentido de participación en el establecimiento de una norma y por lo tanto facilitan la aplicación de la misma una vez que se promulgan. Los comentarios públicos además proporcionan a las **entidades gubernamentales** información valiosa que llevan a mejorar las propuestas antes que éstas se conviertan en normas obligatorias. Esto además facilita la aplicación de las normas finales ya que los comentarios del público ponen en alerta a la administración de los problemas potenciales que se pueden tratar antes de que las propuestas adquieran vigencia. Finalmente los comentarios del público ayudan a nuestros **tribunales** a determinar si es que las acciones que han tomado las agencias son razonables y si están fundamentadas.

Hasta comienzos de la década de 1970 la Ley de Procedimientos Administrativos y los tribunales que se encargaron de exigir su cumplimiento fueron nuestros únicos mecanismos para asegurar que las entidades gubernamentales promulgaran normas velando por el interés público. En 1974, sin embargo, el Presi-

dente Ford exigió a los organismos federales que se esforzaran más por preparar "informes sobre el impacto económico" o análisis de los costos y beneficios de los principales dispositivos propuestos. Tanto el Presidente Carter como el Presidente Reagan reforzaron este requisito.

Al comienzo los análisis económicos eran considerados por los organismos gubernamentales y el público como más papeleo. Pero con el tiempo esto cambió. Ahora estos análisis forman parte integrante de la toma de decisiones de la administración.

Los análisis económicos también han contribuido a cambiar la actitud hacia los dispositivos legales en los Estados Unidos. En particular, en los últimos diez años se ha desarrollado un consenso en el sentido de que mucho de lo que llamamos "regulación económica" —o el control sobre el acceso a las industrias y sobre los precios que pueden cobrarse no es de interés público. Como resultado, sólo en los últimos siete años la regulación federal de precios y las limitaciones al ingreso a las siguientes actividades han sido eliminados: aerolíneas, transporte ferroviario, por camiones y autobuses; petróleo y gas natural y los servicios de llamadas telefónicas a larga distancia.

Sin embargo, los americanos aún apoyan mucho de lo que llamamos "regulaciones sociales" —o regulaciones que mejoran el ambiente y la seguridad de los trabajadores y consumidores. Muchos de los economistas están de acuerdo en que algunas regulaciones en esta área están justificadas porque muchas veces no se puede confiar en el mercado para producir un medio ambiente limpio y un nivel de seguridad que sea de beneficio para el público.

El requisito de efectuar análisis económicos, sin embargo, ha coadyuvado a educar a los organismos públicos en el sentido que las regulaciones sociales pueden ser aún más efectivas si las normas utilizan **incentivos económicos** y no órdenes directas. Por ejemplo, se está incentivando a la administración a expresar sus mandatos en términos de metas amplias para que así las compañías puedan elegir la mejor manera para alcanzar estas metas. Se están reemplazando en la medida de lo posible las normas para productos mediante la obligación de divulgar al público la información sobre los productos para permitir que los consumidores decidan si asumen o no ciertos riesgos. Algunas normas simplemente han sido muy descuidadas en reconocer, que los costos a la sociedad sobrepasan los beneficios.

A pesar de que he tenido la oportunidad de revisar sólo brevemente los nuevos procedimientos normativos del Perú y también de familiarizarme poco con el sistema económico peruano, me parece que la experiencia normativa de los Estados Unidos puede ser valiosa para el Perú. En realidad los requisitos de solicitar comentarios públicos y de efectuar un análisis a través de las agencias estipulados en el nuevo Decreto Supremo parecerían ser particularmente importantes para el Perú. Basándome en el material publicado por el Instituto Libertad y Democracia, entiendo que el sector informal constituye aproximadamente el 60% de la economía del Perú y que además está creciendo. Bajo tales circunstancias el gobierno se encuentra realmente gobernando sólo una parte limitada y cada vez más reducida de la economía.

Primero la participación en la elaboración de leyes

puede ayudar a invertir estas tendencias. Puede ayudar a reforzar tanto el proceso democrático como la legitimidad del gobierno en el Perú. Si realmente se promueve la oportunidad para que el público participe, y se divulga la misma, ésta ayudará a que los ciudadanos se acerquen más al gobierno. Si las entidades gubernamentales pueden demostrar a la gente que sus normas han sido modificadas en base a la información suministrada por el público, esto inclinará a la gente a reconocer que lo que dicen sí puede ser tomado en cuenta. Ambos resultados pueden ayudar a cambiar las actitudes tan difundidas hacia las normas gubernamentales que han conducido a la explosión de la economía informal en el Perú.

En segundo lugar, tanto **la participación del público como los elementos del ABIP contenidos en el nuevo Decreto Supremo pueden ayudar a que las agencias desarrollen nuevos dispositivos.** La experiencia norteamericana indica que los comentarios públicos sobre las normas propuestas permiten a los funcionarios de las agencias recibir información valiosa de un amplio sector de la población.

Además, los requerimientos simples del ABIP obligan a los funcionarios a hacerse preguntas importantes cada vez que van a desarrollar una propuesta. Ambos resultados deben conducir a la toma de mejores decisiones, **pero sólo si las agencias escuchan los comentarios y utilizan los ABIPs al desarrollar sus propuestas!**

En tercer lugar si **el proceso ABIP tiene el mismo efecto que el que han tenido los informes sobre el impacto económico en los Estados Unidos, enfocará las normas que hay que eliminar, y en cuanto a las normas que se mantengan, la mejor manera para que éstas sean efectivas.** Por ejemplo, las preguntas del ABIP deben dar a conocer lo que nosotros hemos aprendido en los Estados Unidos —que muchos de los controles sobre el acceso a negocios y sobre los precios que se pueden cobrar empeoran antes que mejoran la situación. Esto debe ser especialmente obvio en el Perú donde la economía informal existe en gran parte debido a dichos controles. Además para que estas normas sean necesarias, los ABIPs pueden estimular a las agencias para que piensen en maneras originales de regular sin causar un daño indebido a la economía.

El Perú se ha embarcado en un esfuerzo ambicioso por ayudar tanto a su economía como a su sistema político a través de nuevos procedimientos regulatorios. Tomará tiempo, sin embargo, para que los beneficios de este esfuerzo se perciban. Los peruanos deben apreciar que lo que está haciendo de la noche a la mañana le han tomado a los Estados Unidos 40 años para desarrollarlo. Particularmente el Perú está estableciendo **al mismo tiempo** tanto un derecho a la participación pública en la elaboración de leyes a nivel administrativo como un requisito para que la administración analice los costos y beneficios de sus propuestas antes de hacerlas de conocimiento público. Las entidades públicas necesitarán tiempo para aprender estos nuevos procedimientos y la manera cómo deben utilizarlos para mejorar las normas que promulguen. Si los peruanos son pacientes, estos esfuerzos redundarán en los mismos beneficios políticos y económicos que los que ha obtenido Estados Unidos de sus procedimientos normativos.

“Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica”

Manuel Aguirre Roca,
Magistrado del Tribunal de Garantías
Constitucionales

El fallo emitido por el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), en el caso de los votos blancos y nulos, ha hecho correr abundante tinta. Sin embargo, tengo la impresión de que, en cuanto a los alcances mismos del mencionado fallo (sobre todo, en lo relativo a la composición del voto colegiado), una buena parte de los comentarios ha gozado, aunque en distinta medida, de un mismo y curioso “privilegio”: el de la inexactitud, cuando no el de la confusión. En este sentido, valga recordar la escasa fortuna que ha tenido el TGC en lo que se refiere a los comentarios públicos de su difícil e importante cometido (especialmente en lo relativo a sus fallos), pues, con algunas excepciones que confirman la regla (por ejemplo, el importante, extenso, erudito y profundo artículo del doctor Domingo García Belaúnde, uno de nuestros más distinguidos y versados constitucionalistas, publicado en “El Peruano” del 10.7.83), las incomprensiones, los “palos”, los equívocos y, aun, las glosas hirientes o desemozadamente injuriosas, han llevado la voz cantante.

Sea ésta, pues, una oportunidad para esclarecer, a propósito del somero examen de un fallo de trascendencia histórica y no sobreestimable, el exacto sentido de un pronunciamiento del tan traído, llevado y maltratado Tribunal de Garantías Constitucionales. El examen que sigue nos llevará, de paso, a poner de manifiesto una de las más graves deficiencias de la Ley Orgánica del TGC y a sugerir una posible fórmula de corrección.

I La Votación.

Lo primero que debe recordarse es que, contrariamente a lo que se ha afirmado con alguna frecuencia e insistencia, no es exacto que, en el fallo, haya sido

mayor la votación a favor de la demanda que la en contra de ella. No es exacto, pues, que tres votos hayan prevalecido sobre cinco, como se ha dicho, ni tampoco que, con tres votos, se haya neutralizado o esterilizado la opinión de una mayoría de cinco magistrados.

La verdad, si se considera la demanda como un todo, es que ella sólo logró el respaldo de 3 votos (doctores Corso Masías, Peláez Bazán y el suscrito). Cinco magistrados, en efecto, no apoyaron la demanda —considerada como una unidad—. De estos cinco, tres la rechazaron en sus dos partes (Silva Salgado, Rodríguez Mantilla y Osoreo Villacorta). Los otros dos Basombrío Porras y Eguren Bresani) la rechazaron en la parte relativa a los votos blancos.

Si se examinan, en forma independiente, las dos partes (o acciones acumuladas) de la demanda, entonces se encontrará lo siguiente:

a) Cinco magistrados votaron en contra de la parte de la demanda que pretendía que no se tuvieran en cuenta. . . pues el trabajo de los esclavos superó en importancia al mercedario. Los obreros de las fábricas, eran por regla general, esclavos. Las personas acomodadas tenían sus artesanos, que eran sus propios esclavos”. Recordemos también que los esclavos se encontraban en una categoría inferior a la de los hombres libres, y sobre los cuales podían realizarse transacciones de parte de quienes gozaban de la capacidad para ello. Así, las labores manuales eran mayoritariamente efectuadas por esclavos, en menor medida por los manumitidos y en otro nivel por los hombres libres. La figura contractual reguladora de las prestaciones de servicios se tenía que adecuar, como es natural de comprender, a las circunstancias que se vivían, a las que se añadía el hecho que señala CALDERA (4) que en el Derecho Romano existían muy pocas figuras contractuales.



b) En cambio, en lo que se refiere a los denominados "votos nulos", los votos a favor de la demanda fueron cinco, ya que cinco magistrados nos pronunciamos en el sentido de que dichos votos no debían tomarse en cuenta para la determinación del cociente electoral. Sólo tres magistrados rechazaron este extremo de la demanda (Silva Salgado, Rodríguez Mantilla y Osoreo Villacorta). Estos mismos magistrados, como se ha visto, también rechazaron el otro extremo de la demanda.

II No hubo, pues, Cosa Juzgada

Dado el resultado de la votación, se produjo una situación harto curiosa: el TGC no pudo resolver ninguno de los problemas planteados por la demanda, es decir, que no pudo decir si el artículo 6º de la Ley 23385 es o no inconstitucional. Este resultado, que tanto ha llamado la atención y que tantos comentarios peyorativos ha suscitado, es una consecuencia de la Ley Orgánica del TGC, pues ésta exige, en su artículo 8º, no menos de seis votos conformes para resolver las demandas sobre inconstitucionalidad de las leyes. Los cinco votos en contra de una parte de la demanda, no fueron suficientes, en consecuencia, para constitucionalizar la parte pertinente del artículo de la ley impugnada; pero los cinco votos a favor de la otra parte de la demanda, tampoco tuvieron la fuerza necesaria para inconstitucionalizar la parte correspondiente del mencionado artículo. Por tales motivos, en

la resolución el Tribunal, que no fue sentencia (y que, para evitar confusiones, se denominó simple "declaración"), se dejó expresa constancia de que la parte demandante quedaba en libertad de replantear su demanda, toda vez que, no habiendo sentencia, no había cosa juzgada.

III Deficiencias de Ley

Es obvia, la deficiencia de la Ley Orgánica del T. de G.C. que, no habiendo creado el instrumento necesario para romper las discordias, no permite, en casos como el comentado, la emisión de las correspondientes sentencias.

IV ¿Cómo Remediar esta Situación?

Parece que lo más sencillo y lógico es designar a las personas susceptibles de ser llamadas para dirimir las discordias. A propósito de este tema, estimo que, en los casos de inconstitucionalidad (en que, como se sabe, no están comprometidos los fallos de la Corte Suprema), no debe haber inconveniente para que se llame, como dirimientes, a los magistrados supremos. En cambio, en los casos de **habeas corpus** y **amparo**, que, como se sabe, sí proceden de la Corte Suprema y, por tanto, comprometen los fallos procedentes de dicha Corte, los dirimientes no deben ser magistrados supremos, sino, tal vez, maestros universitarios o Decanos de Colegios de Abogados o, en todo caso, personas designadas, como suplentes o dirimientes permanentes por los Poderes Ejecutivos y/o Legislativo.

V El Problema Tiende a Agravarse

La necesidad de subsanar estas graves deficiencias de la Ley Orgánica es tanto mayor cuanto que, como se sabe, cada día son más numerosos los casos en que el TGC, por no alcanzar el mínimo legal de los votos concordantes, no puede resolver los expedientes y tiene que pasar por el penoso predicamento de dar la callada por respuesta; lo que ocasiona serios problemas, ya sea en el ámbito nacional (cuando se trata de asuntos de inconstitucionalidad) ya sea en uno menos amplio, y a veces privado, (cuando se trata de acciones de **habeas corpus** o **amparo**).

En todo tribunal colegiado, evidentemente, debe operar un mecanismo "dirimencial" que permita resolver las discordias. Ello ocurre en nuestras cortes superiores y Tribunales y, por supuesto, en la Corte Suprema. La ausencia de un tal mecanismo en el TGC resulta, pues, realmente inexplicable. La ley llamada a subsanar tan grave deficiencia es indispensable y constituye ya un verdadero clamor nacional.

En cualquier caso, justos no deben pagar por pecadores, de modo que no debe culparse al TGC por las fallas de las leyes existentes y de los preceptos legales del ordenamiento que el propio Tribunal de Garantías Constitucionales debe respetar y aplicar.

“Magistratura del Trabajo”

Mario Pasco Cosmópolis

Profesor de Derecho Laboral en la
Facultad de Derecho de la PUCP.

Sobre la necesidad de la existencia de una Magistratura del Trabajo no cabe ya debate. A las razones conceptuales y científicas, derivadas de la autonomía del Derecho Procesal del Trabajo, que dicha Magistratura debe administrar, se añade la muy pragmática de la profusión, diversidad y complejidad de nuestra legislación, una de las poquísimas no codificadas a nivel continental: conocerla, discernirla, desenmarañarla es no tarea de especialistas, sino casi de titanes.

LA AUTONOMIA DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Son, por cierto, jurídicas y sociales las razones de mayor significado. El Derecho Laboral, como ordenamiento sustantivo, y el Derecho Procesal del Trabajo (DPT) son disciplinas autónomas, tópico que nadie se atreve a discutir respecto del primero, pero que es cuestión frecuentemente ignorada en cuanto al segundo. Los neófitos tienen la vaga impresión de que los procesos laborales poseen algunas peculiaridades, que tienen un trámite ligeramente distinto de los procesos comunes, pero que se trata de simples variaciones sobre un mismo tema. Ignoran o minimizan las profundas diferencias dogmáticas y metodológicas existentes entre ambos tipos de proceso, y no advierten la imposibilidad de aplicar a los problemas laborales un enfoque civilista, tan grave como la que resultaría de pretender resolver los litigios civiles con criterio laboral.

Interesa por ello señalar, aunque sea someramente, los principios esenciales del DPT, aquellos que más lo diferencian del Derecho Procesal Civil.

— Principios de veracidad:

El proceso laboral no se conforma con la verdad aparente, formal; debe buscar la verdad absoluta, la realidad verdadera que muchas veces se oculta tras las complejidades del trámite y las maniobras de las partes. No rige en estos procesos el viejo aforismo “lo que no está en el expediente no es de este mundo”, sino que **el juez debe profundizar en la entraña de los hechos para fundar su convicción en los elementos de la realidad y no sólo del rito.**

Por eso, el proceso laboral no admite una prueba como el juramento decisorio, cuyo carácter absoluto

puede consagrar como cierta una falsedad; relativiza el valor de pruebas plenas como la confesión y aún la instrumental, mientras eleva el valor de otras comúnmente menospreciadas, como las testimoniales del personal dependiente, por ejemplo.

El juez está dotado de facultades y poderes extraordinarios, lo que aparta al proceso laboral del esquema dispositivo y le confiere un tinte marcadamente inquisitivo. El juez, a más de impulsarlo, puede inhibirse de oficio en caso de incompetencia; remover al apoderado que entorpezca la secuela del juicio; ordenar el pago inmediato de los extremos o sumas no contradichas expresamente; dictar sentencia que ampare la acción aún antes de actuar toda la prueba, si de la actuada se desprende demostración suficiente y sólida de lo reclamado; y además, con alcance realmente excepcional, fallar “ultra” y “extra petita”, esto es, sobre montos y aún sobre conceptos omitidos en la demanda cuando versen sobre derechos irrenunciables que han quedado acreditados en autos.

Se trata, como es de verse, de facultades de las que el juez civil no sólo carece sino que nunca le podrían ser conferidas, salvo que el proceso civil sufriera una prodigiosa metamorfosis, tan acentuada que dejaría de ser lo que es y pasaría a ser. . . un proceso laboral.

— Principio protector

El Derecho Laboral parte de la premisa de reconocer que entre las partes de la relación laboral hay, no la igualdad abstracta de las partes de un contrato civil, sino, por el contrario, una manifiesta desigualdad. La posición preeminente de una parte que tiene facultades de dirección y sanción, frente a otra que tiene deber de obediencia; la distinta posición económica de una parte que es propietaria de los medios de producción mientras la otra sólo lo es de su fuerza de trabajo y, a través de ella, de su salario; la ventaja estrictamente procesal de tener en su poder los medios de prueba frente a los cuales el trabajador debe actuar en base a supuestos, hipótesis o simple memoria; todo ello lleva a la conclusión de que en la relación laboral el empleador es la parte fuerte o dominante, y el trabajador la débil y subordinada.

Esa desigualdad sólo puede ser equilibrada mediante otra desigualdad: **en la relación jurídico-procesal se dota al trabajador de ventajas o privilegios que ac-**

* Este artículo fue originalmente publicado en la Revista Análisis Laboral.

túan como una desigualdad compensatoria del desequilibrio intrínseco.

Así, se aplican en su favor las reglas "in dubio pro operario" (consagrada como norma constitucional por el art. 57o. de nuestra Carta Magna), de la ley más favorable y de la condición más beneficiosa, mediante las cuales se resuelven en favor del trabajador todas las situaciones de duda fáctica o legal, de conflicto de leyes y de oposición entre la norma escrita y la realidad de hecho.

Más nítidamente aún, el DPT revierte el principio de que "quien afirma algo está obligado a probarlo", y hace recaer el "onus probandi" sobre el empleador: es éste quien debe acreditar que ha cumplido, que no debe o que ya pagó.

-- Equidad y criterio de conciencia

El juez laboral no es un juez totalmente "de jure" en sentido estricto, apegado al texto literal de la ley, sino en cierta forma un "juez de equidad", libre en la apreciación de los hechos y de la prueba, autónomo en el fuero de su conciencia para resolver conforme a su convicción lo que mejor concrete la justicia.

Puede fallar no sólo con equidad sino por equidad.

Lo dicho no apunta al "ser" sino al "debe ser". Estos principios son la base dogmática del DPT, pero no tienen todos vigencia en la realidad y algunos —caso de la "extra petita"— pueden ser materia opinable; pero cada uno de ellos y el conjunto tipifican al Derecho Procesal del Trabajo como una disciplina plenamente autónoma.

Lo expresado, además, hace referencia sólo a las controversias laborales de derecho o jurídicas; las controversias colectivas de intereses o económicas corresponden a otro género, a otra categoría, y son tan inconfundibles, no únicamente con un litigio civil sino con cualquier tipo de controversia, que torna innecesario un esfuerzo de diferenciación conceptual, así como, en lo normativo, obligan a estructurar mecanismos procesales originales como la negociación colectiva, el arbitraje y, en casos extremos, la intervención estatal.

EL JUEZ LABORAL

Es a las controversias jurídicas, en consecuencia, a las que se refiere la Magistratura del Trabajo, fuero especializado que debe contar con una estructura apropiada, con un procedimiento ad-hoc y, sobre todo, con jueces idóneos.

El juez, en efecto, necesita de una capacitación específica, tanto en las materias sustantivas, de por sí alambicadas, cuanto en las adjetivas, al tener que manejar un instrumento procesal diferente al común. Pero necesita tener, además, una sensibilidad más aguzada, dada la índole de los asuntos que debe encarar.

La controversia laboral difiere de la común por la desigualdad de las partes, pero además porque en ella se ventilan cuestiones que están más allá de lo meramente patrimonial, porque está presente un valor —el valor "trabajo"— reconocido a nivel de la propia Constitución como la fuente principal de la riqueza, como un derecho y un deber sociales, y como objeto de protección por el Estado. El juez no puede tener

frente a un litigio laboral la misma aproximación psicológica y moral que la que tiene para ordenar la devolución de un préstamo, el pago de intereses por mora o del saldo de precio de una compra-venta, sino advertir que detrás de aquella controversia hay un ser humano, que los derechos de éste son irrenunciables y que tienen, aún en su dimensión monetaria, un contenido alimentario, pues de ellos depende la subsistencia del trabajador y de su familia.

Sensibilidad social debe, por eso, ser un requisito moral para aspirar a ser un magistrado del trabajo.

Por estas razones, escuetamente apuntadas, y por muchas más que sería innecesario desarrollar, nadie discute hoy la necesidad de una Magistratura especializada del trabajo.

LOS FUEROS

Como es sabido, la atención de los problemas laborales está a cargo de dos órganos distintos: el Fuero Privativo de Trabajo y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, también llamado Autoridad de Trabajo.

Se reconoce en ambos la calidad de Fueros, de entes estructuralmente organizados para resolver controversias jurídicas. Tal condición, sin embargo, debe sufrir un cambio por mandato constitucional. La Constitución proclama como una de las garantías de la administración de justicia, la unidad y la exclusividad del Poder Judicial. No existe ni puede establecerse —dice— jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar (art. 233, inc. 1).

El Fuero Privativo es un órgano judicial; siempre lo ha sido. La única, delicada evolución que la Constitución le impone consiste en su incorporación en el Poder Judicial, cuerpo unitario jerárquicamente integrado.

Contribuir a esa incorporación, con el aporte de algunas ideas al respecto, es el propósito esencial del presente trabajo.

La situación del, así llamado "Fuero Administrativo" es, en cambio, muy distinta; su destino constitucional inexorable, en nuestro criterio, es desaparecer. Desaparecer como fuero, como jurisdicción, no como órgano y menos como Ministerio.

Opinar así en noviembre de 1979 le costó al autor ser calificado de "enemigo público No. 1" del Ministerio de Trabajo. No es así; es todo lo contrario. Sucede que por una deformación que los años fueron acentuando, el **Ministerio de Trabajo fue convirtiéndose en un inmenso Tribunal, caso único a nivel mundial en que una autoridad administrativa actuara como jurisdiccional**, resolviera controversias entre partes, declarara el derecho.

No es tal su función. Aquí ni en ninguna parte. Para eso son los jueces.

El Ministerio de Trabajo tiene grandes e importantes funciones normativas, preventivas, inspectivas, promocionales, que —sin decir que hayan sido descuidadas necesariamente— han quedado relegadas ante el vuelo cuantitativo y cualitativo alcanzado por la resolución de controversias.

No es necesario insistir sobre los múltiples e insalvables inconvenientes que esto crea; basta señalar uno: la politización de la resolución, que subordina

muchas veces los criterios jurídicos a la coyuntura política. Luis APARICIO VALDEZ, Fernando ELIAS MANTERO, Carlos BLANCAS, Adolfo CIUDAD, Marcial RUBIO y Enrique BERNALES, Víctor FERRERO, el propio autor de este trabajo, han abundado en críticas y cuestionamientos; basta remitirse a ellos; están publicados. Nadie, en cambio, ha alzado su voz en favor de la subsistencia del sistema, síntoma inequívoco de que es indefendible. E inconstitucional, además y fundamentalmente.

Estudiosos menos apasionados y quizás más acertados que el suscrito han sostenido que el cambio no necesita ser tan radical; que no sería inconstitucional la competencia de la Autoridad Administrativa para mediar en las controversias, siempre y cuando sus resoluciones puedan ser materia de contradicción judicial por vía de la acción contencioso-administrativa.

Posiblemente tengan razón, y ojalá. Pero la Corte Suprema recientemente, en fallo erróneo y criticable, ha reconocido a una resolución del Ministerio de Trabajo el carácter de cosa juzgada, con lo que el propio Poder Judicial ha abdicado de su exclusividad y, en vez de desfacer un entuerto, lo ha consolidado y legitimado.

En todo caso, **lo que no puede continuar es la absurda y caprichosa competencia por razón de materia**, que hace que cuando el contrato de trabajo está vigente o se defiende su subsistencia a través de la acción de reposición, sea el Ministerio de Trabajo quien resuelva; y que al Fuero Privativo sólo lleguen controversias sobre contratos ya rescindidos, los simples efectos póstumos de una relación ya caduca.

Hemos dicho y repetido que ello equivale a hacer del Ministerio de Trabajo un cirujano que opera sobre cuerpos vivos, mientras los jueces de trabajo son médicos legistas que sólo practican autopsias.

Independientemente de que se reconozca o no al Ministerio de Trabajo cierta competencia en estas materias —competencia en todo caso restringida, condicionada, revisable— al juez laboral debiera poder someterse toda controversia; su competencia debe ser absoluta, total. La intervención del Ministerio, a solicitud de parte, puede ser alternativa o sucedánea, necesariamente voluntaria para las dos partes, pero en ningún caso puede excluir la del juez laboral. Al Ministerio podrían someterse las partes si así lo quisieran; al juez debe poder ser sometido cualquier empleador, aunque no lo desee, y así lo decide el trabajador. Ese juez tiene que ser, además, el que revise las resoluciones administrativas si se ejercitara contra ellas la acción contencioso-administrativa.

Sólo como voluntaria para ambas partes podemos concebir la actuación resolutoria del Ministerio, suerte de arbitraje al que las partes libremente se someten; no como forzosa y menos como excluyente.

El juez laboral, con competencia universal en materia de trabajo, alcanzaría así el nivel, dignificación y reconocimiento que hoy de alguna manera le son negados.

EL FUERO PRIVATIVO Y LA IMPOSIBILIDAD DE QUE MANTENGA SU ACTUAL ESTRUCTURA

Estamos convencidos de que la opción jugada por los constituyentes respecto del Fuero Privativo de Trabajo no fue la más acertada. Actuaron en ella cir-

cunstancias, vivencias, criterios que quizás proyectaron una imagen distorsionada y que llevaron a una decisión dogmatizada sobre la unidad y la exclusividad jurisdiccionales. La existencia de fueros no atenta contra estos principios si se establecen mecanismos de coordinación e interacción eficientes. Más graves serían las consecuencias de la desaparición de los Fueros, de su absorción desaprensiva y automática, que las de su subsistencia si se aplicaran algunos correctivos.

Pero ésa es historia antigua. El debate ya terminó. Para mal o para bien, lo único que existe es el mandato constitucional y hay que cumplirlo, someterse a él. Pensar en cambiar el texto constitucional es poco práctico y hasta irrealizable.

De lo que se trata, entonces, es de racionalizar su aplicación; sin transgredirlo ni desnaturalizarlo, procurar que la incorporación de los fueros al Poder Judicial respete y resguarde al máximo posible lo que éstos tienen de positivo; rescatar sus valores fundamentales. De lo contrario, el daño sería muy grande.

INTEGRACION — INCORPORACION — ESPECIALIZACION

El mandato constitucional implícito (décimo primera disposición transitoria; artículos 232 y 233) lleva a pensar en incorporación, en integración en el Poder Judicial, “cuerpo unitario, con especialidades”.

No podemos pensar en una incorporación de pura forma, en una integración aparente; pero tampoco, mucho menos, en una absorción que conlleve su desaparición.

Para lo primero bastaría decir “intégrese, pero siga como está”, lo cual es absurdo; lo segundo exige buscar un cuidadoso equilibrio entre una serie de aspectos delicados. Esa es la tarea: dosificar autonomía y subordinación, unitarismo y descentralización, intervención de la Corte Suprema y celeridad, la cuadratura del círculo, casi.

Lo importante es que **la integración debe ser real; el Poder Judicial debe ser uno y dentro de él caber los Fueros**. Para esto la Constitución expresamente reconoce la existencia de especialidades, una de las cuales es sin duda la laboral.

Especialización, sí; pero cómo.

La especialización ha sido denostada por algunos que dicen que es propia del perito, no del juez; ha sido también definida, con algo de ironía, como el “saber cada vez más sobre cada vez menos, hasta saberlo casi todo acerca de casi nada”; pero también ponderada como el “saber mucho de poco, pero algo de todo”. De esto último se trata. El especialista —juez, abogado, consultor— no puede ser un profesional con anteojeras, unidireccional, que sólo ve y sólo conoce de una parcela limitada de la ciencia jurídica; debe ser, antes y sobre todo, un jurista con versación en los principios y materias fundamentales y un saber suficiente sobre las disciplinas básicas; su experticia implica una profundización en un área concreta, no excluyente de otros conocimientos y menos de los fundamentales; no puede ser, en suma, las paredes de un edificio sin cimientos.

La especialización es, por lo demás, un imperativo de los tiempos; ya pasó la época del sabihondo “a tout faire”, del abogado “todista”.

Esto no es sólo para defender la especialización del juez laboral; debe aplicarse y extenderse a los civiles y penales, y propiciar así mismo la consolidación de nuevas especialidades (derecho familiar, comercial, contencioso-administrativo, etc.).

En la actualidad resulta anacrónico el sistema de rotación de jueces civiles y penales, que hace que quien hoy resuelve sobre un divorcio, una herencia o un desahucio, mañana pueda estar juzgando a un narcotraficante o a un homicida (aunque aquél sea también esto).

Los argumentos en pro de este sistema suenan poco convincentes; los propios jueces civiles e instructores son los primeros en refutarlos.

La especialización se impone como una necesidad funcional y lógica, entendida como una línea de carrera que se inicie en las instancias inferiores, se proyecte en las intermedias y llegue a la Corte Suprema, donde las Salas quedarían constituidas también por especialistas.

El ingreso a la carrera judicial debiera garantizar a cada juez una permanencia en la línea escogida y una perspectiva de ascenso por la misma, sin el riesgo de un cambio que coloque a ese especialista en inferioridad de condiciones, que lo retorne al nivel de un estudiante universitario; cambio, además, que a veces obedece a un excesivo discrecionalismo y hasta la arbitrariedad.

Permanencia voluntaria en la línea escogida, pero no impedimento para cambiarla también voluntariamente, sea por razón vocacional, sea por simple sentido de la oportunidad ante una vacante de especialidad distinta.

ROL DE LA CORTE SUPREMA: LAS INSTANCIAS Y EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

El Tribunal de Trabajo (y Comunidades Laborales) es hoy, en la práctica, un tribunal supremo; sus fallos son ejecutoria, cosa juzgada irrevisable por persona o tribunal alguno.

Orgánica, jerárquica, formalmente depende de la Corte Suprema; jurisdiccionalmente no.

La incorporación del Fuero Privativo al Poder Judicial obliga a modificar esta situación; no parece viable —por virtuoso que pudiera ser el funcionamiento de ese Fuero— que coexistan varias cortes supremas, que haya una instancia final que no sea la Corte Suprema, que haya asuntos que la Corte Suprema jamás pueda conocer, para los que nunca tenga competencia.

Tal dualidad (multiplicidad, si consideramos el Tribunal Agrario) no parece compatible con el espíritu de la Carta Magna, ni aceptable por los señores vocales de nuestra Suprema Corte.

La solución simplista —y, simplemente, la fatal— sería erigir a la Corte Suprema en tercera instancia. Pero eso sería totalmente contraproducente.

El proceso laboral responde a características y tiene particularidades que todos los doctrinarios le reconocen y todas las legislaciones, sin excepción, le atribuyen: sencillez, oralidad, intermediación, concentración, eventualidad o lealtad procesal, gratuidad o costo mínimo; pero uno de sus caracteres fundamentales es su rapidez. En pocos procesos como en el laboral es tan veraz el brocardo "justicia retardada es justicia denegada".

Los derechos sociales son en esencia salario y éste a su vez, tiene carácter alimentario. Como dice el gran maestro CARNELUTTI, la condena a alimentos no puede llegar cuando el acreedor alimentista haya muerto de hambre.

Fundamental para la celeridad no lo son tanto los plazos, cuya excesiva brevedad puede a veces conspirar en contra de aquélla;

ni sólo la sencillez y simplicidad del procedimiento; ni únicamente la diligencia del juez o la honestidad de las partes y de sus abogados; cuanto el régimen de recursos y de instancias.

En materia de recursos, el proceso laboral peruano ha dado un salto formidable al consagrar la irrecurribilidad de las resoluciones interlocutorias y reducir virtualmente todas las impugnaciones a sólo la fundamental: la apelación de la sentencia, conjuntamente con la cual se resuelven excepciones, oposiciones, tachas y toda suerte de incidentes.

En instancias, el proceso laboral peruano tiene el mínimo constitucional: dos; la primera, a través de los juzgados privativos existentes en Lima, las principales capitales de departamento y algunas provincias; y la segunda y última, en el Tribunal de Trabajo (y Comunidades Laborales).

Hay países que tienen procesos de instancia única en juicios de mínima cuantía; eso lamentablemente no es posible en el Perú pues la Constitución ha hecho prevalecer la instancia plural como una de las garantías de la administración de justicia.

Constituir a la Corte Suprema en tercera instancia sería una regresión antihistórica.

Alguna otra solución tiene que haber. Y la hay.

A dicha corte le corresponde, según el art. 241o. constitucional, fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala. Descartado lo primero, interesa examinar la casación, institución procesal de la que mucho se ha hablado, poco se conoce y prácticamente nada se ha definido.

Casación viene de "casar", hacer coincidir, y es la actividad jurisdiccional mediante la cual un tribunal examina si lo resuelto en una sentencia de grado inferior corresponde a lo dispuesto por la ley, esto es, si la ley "casa" con la sentencia (o, mejor dicho, al revés).

El tribunal no examina los hechos, no valora ni aprecia la prueba, no aplica las técnicas propias del juzgar, sino que sólo verifica la consonancia entre la resolución y la ley. No entra en la materia de fondo, no confirma o revoca el fallo recurrido, limitándose a señalar si es correcto o incorrecto; en el primer caso, termina el proceso; en el segundo, ordena pronunciar nueva sentencia por la instancia inferior.

El tribunal de casación no es una nueva instancia, primero, porque no resuelve sobre el fondo, y segundo, porque el **recurso de casación no procede contra toda sentencia sino sólo se aplica a situaciones excepcionales. En la definición de tales situaciones está la clave:** Si la ley fuera laxa, complaciente, serían demasiadas las causas que llegarían a la Corte Suprema; si fuera restrictiva, demasiado pocas. Ambos extremos son inconvenientes, por razones obvias.

Puestos a la tarea de identificar situaciones que justifiquen el recurso de casación en materia laboral consideramos que pueden ser tres (y sólo tres):

1) Discordancia entre la ley y la sentencia, esto es,

fallo "contra letem": éste es el caso típico y, contra cualquier prematuro pesimismo, bastante infrecuente. Las discrepancias con lo resuelto en un fallo rara vez se basan en aplicación torcida o interpretación caprichosa de la ley, sino en la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba, aspectos no susceptibles de casación.

2) Aplicación de norma inconstitucional: La Constitución dice (art. 236o.) que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera, e igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

Si alguna de las partes invocara este precepto constitucional o si discrepara con su invocación y aplicación por el juez, el recurso de casación elevaría la resolución al nivel supremo para que sea allí donde se establezca si hay o no conflicto constitucional. El fallo final, aunque válido sólo para las partes intervinientes, constituiría sin embargo jurisprudencia para todos los casos similares.

3) Homologación de jurisprudencia:

Si la organización estructural llevara a la creación de tribunales de trabajo regionales (tema que trataremos líneas más abajo), habría el riesgo de que uno de ellos sentara un criterio jurisprudencial y los otros, otro.

Sería el caos; la jurisprudencia tendría valor circunscrito, territorial.

La Corte Suprema, ante tales discrepancias, podría revisar el fallo que se apartara de la jurisprudencia establecida por el mismo tribunal o por cualquier otro, sea para confirmarlo, sea para revocarlo. El fallo final representaría una "jurisprudencia normativa", una pauta de seguimiento obligado por todos los tribunales en lo sucesivo.

Por cierto, la introducción del recurso de casación debe ir aparejada de ciertos contrapesos (multas, por ejemplo, en caso de recurso malicioso o temerario) y de algunas medidas que compensen la dilación del resultado final, tales como la ejecución inmediata del fallo en todo lo que no es materia estricta de casación, pago de intereses moratorios, etc.

La Corte Suprema, vía casación, tendría así ingerencia en la resolución de controversias laborales, pero su intervención no alteraría —o, al menos, no muy profunda ni generalizadamente— la duración de las mismas.

DESCENTRALIZACION

Un tema básico, que tiene que ver directamente con el carácter proteccionista del proceso laboral, es la descentralización. Hoy en día existe un Tribunal de Trabajo único, con competencia nacional y sede en la Capital de la República.

Tal concentración tiene dos ventajas: control estructural de todo el Fuero en lo normativo, jurisdiccional, disciplinario, etc.; y unidad de criterio jurisprudencial (aunque no siempre total, por la existencia de salas autónomas, habiéndose dado el caso de resoluciones contradictorias simultáneas).

Pero sus inconvenientes son mayores, principalmente por la distancia de algunas regiones alejadas, a más, naturalmente, de acentuar el nefasto centralismo.

La Constitución dice que la administración de justicia se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores, con sede en la capital del distrito judicial que señala la ley, y los juzgados civiles, penales y especiales.

Respecto de estos últimos no hay problema: su número y su competencia territorial guardan relación con la población laboral; y allí donde ésta sea insuficiente, pueden los juzgados civiles actuar supletoria o sucedáneamente.

El problema está en la segunda instancia. **Partiendo de la premisa de que es necesario descentralizar, habría que crear Salas de Trabajo en las Cortes Superiores;** pero no en todas, porque la estadística revela que sólo tres Salas del Tribunal de Trabajo en Lima atienden todas las causas laborales a nivel nacional. Si se requieren Salas laborales sólo en algunas Cortes, en dos, tres o cuatro, ¿qué sucedería con las otras, aquellas en que el movimiento es menor?; ¿las causas seguirían viniendo a Lima?

Como es obvio, las Cortes de mayor envergadura —Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Cuzco— son también las de comunicación más fluida con la capital, y que el problema del tiempo y la distancia afecta más a las otras. Se arreglaría el problema de las que menos lo requieren y continuaría igual para las que realmente lo necesitan.

Una solución intermedia sería dar carácter regional a algunas Cortes, crearles un distrito más amplio que el de circunscripción departamental (como sucede con Piura respecto de Tumbes y con Huánuco respecto de Cerro de Pasco y Ucayali); pero, ¿qué sucedería con las Cortes en funcionamiento cuyo volumen de causas civiles y penales justifica plenamente su existencia, mas no el número de causas laborales? (*)

Es evidente que para solucionar un problema parcial no puede crearse otro peor. Podría intentarse, quizás, que la competencia de la Sala Laboral excediera la del distrito judicial de su Corte, y tener aquella alcance regional; pero entonces ¿de quién dependerían los jueces?, ¿de esa Sala o de la Corte de su propio distrito?

Tampoco sería recomendable dar a las Salas Civiles competencia en materia laboral, habida cuenta que serán última instancia material; la especialización a ese nivel, con ese rango y con esa responsabilidad, es absolutamente indispensable.

Al parecer, lo único viable es lo primero: **crear Salas laborales en algunas Cortes, y que la apelación en todas las demás continúe centralizada en Lima.**

Eso no soluciona todos los problemas y representaría sólo un mal menor, pero lo perfecto es enemigo de lo bueno, y ya sería un paso positivo descentralizar, aunque sea sólo parcialmente.

La estructura vertical del Poder Judicial, en lo que a la Magistratura Laboral se refiere, se constituiría: 1) Por la Sala Laboral de la Corte Suprema; 2) Por las Salas Laborales de las Cortes Superiores de Lima, Arequipa, Trujillo, Chiclayo y Cuzco (o de cualquier otro departamento en que se justifique), actuando la de Lima además como tribunal de apelación de los juzgados de las Cortes sin Sala laboral; y, 3) Por los juzgados de trabajo, donde existan o se creen, actuando en los demás los juzgados civiles como subsidiarios.

LAS VIRTUDES DEL FUERO PRIVATIVO DEL TRABAJO

Hemos señalado, al paso, que la existencia de un Fuero autónomo había venido siendo positiva. Muchas de sus ventajas no se van a poder rescatar, fundamentalmente las referidas al control vertical de la jurisdicción; la apreciación jerarquizada del criterio, la idoneidad, el cumplimiento y la moralidad de los jueces inferiores; el rigos disciplinario, etc., que siendo estrictos y directos en una estructura coherente, se vuelven tibios y distantes en el esquema tradicional del Poder Judicial; cuestión que se agravaría en aquellas Cortes sin Sala laboral, que ejercerían control sobre los juzgados laborales sólo sobre aspectos de forma, estadísticos, mas no sobre lo jurisdiccional.

Otro ángulo dificultoso es el administrativo, aunque éste debiera ser replanteado para el Poder Judicial en su conjunto. No es razonable que la administración pueda seguir férreamente centralizada, y debe irse a una descentralización gradual que dé a las Cortes Superiores un manejo más directo de recursos.

Pero hay aspectos que sí pueden y deben ser mantenidos y —¿por qué no?— hasta extendidos a todo el Poder Judicial: el régimen de secretarios y otros auxiliares de justicia que los hace funcionarios públicos remunerados por el Estado, y no “profesionales liberales” que cobran del cliente; la fijación de turnos automáticos por número de causas y no por períodos de tiempo, con lo que no cabe escoger juez ni secretario y hay una repartición equilibrada de la carga de trabajo; la recepción de recursos y escritos por mesa de partes, en vez de su entrega en el despacho del escribano; etc. Todos éstos son avances que debieran generalizarse.

Desafortunadamente, lo más importante, ese intangible constituido por el espíritu de cuerpo tan característico del Fuero Privativo de Trabajo (y, a la vez, tan sospechosos a los ojos del Poder Judicial tradicional), eso no va a poder ser preservado. Sobre esta hipótesis sinceramente quisiéramos equivocarnos.

EL PARALELO CON EL FUERO AGRARIO

Mutatis mutandi, lo dicho respecto del Fuero Laboral es aplicable al Agrario, con un matiz: los vocales del Tribunal Agrario tienen rango equivalente al de supremos.

Por cierto, si se creara en la Corte Suprema una Sala Agraria, algunos de los vocales agrarios podrían aspirar legítimamente a integrarla; por lo menos, tendrían decisivos puntos a favor en cualquier concurso y hasta podría pensarse en una suerte de promoción automática (lo que valdría también para vocales del Tribunal de Trabajo).

Pero no todos podrían alcanzar tal posición, y algunos no reúnen los requisitos formales; no es ni remotamente imaginable que todos los vocales laborales y agrarios sean elevados a supremos.

Resultará, entonces, que algunos vocales agrarios con rango de supremos tendrían que integrarse a Cortes Superiores, lo que provocaría un disloque por la coexistencia de magistrados de distinto nivel. El problema no es grave, pero no puede tampoco ser soslayado; su solución debe respetar los derechos adquiridos.

LA NUEVA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema está conformada en la actualidad por 23 vocales, 20 de ellos en 4 salas, 2 civiles y 2 penales, más un vocal administrativo, otro a cargo de la Oficina de Control Interno, y, naturalmente, el Presidente.

Incorporar 2 Salas más —una Laboral y una Agraria— añadiría 10 vocales, y habría que pensar también en el mediano plazo en una Sala contencioso-administrativa, si advertimos lo que al respecto induce el art. 240o. constitucional.

Una Corte Suprema de 38 miembros sería un despropósito; nada podría justificarla.

Habría que estudiar por eso algunas variantes en el sistema actual; el número de vocales que integran Sala, por ejemplo, ¿debe seguir siendo 5? En alguna época no muy lejana se redujo a 4, pero no conocemos los resultados de esa experiencia.

Por otra parte, el uso y abuso del recurso de nulidad por las franquicias que la ley abre para ejercitarlo, congestiona en demasía innecesariamente el despacho. Debe estudiarse a fondo el problema y redefinir la competencia de la Corte Suprema, que sólo debiera conocer de asuntos de extrema importancia, sin disminuir su augusta función en la atención de causas realmente nimias.

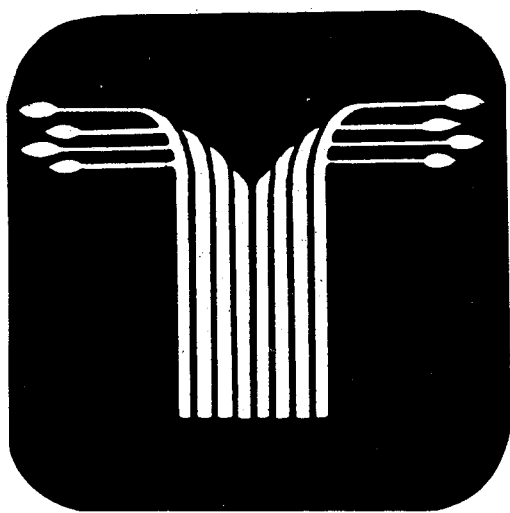
Es concebible, por ello, una Corte Suprema de 25 miembros, apenas 2 más que los actuales, con 6 Salas de 4 vocales cada una; la Sala Laboral o la Agraria, según la estadística lo aconseje, podría tomar a su cargo, además, temporalmente lo contencioso-administrativo. En cuanto al control disciplinario y la administración, pensamos que no se justifica la dedicación exclusiva de dos vocales a tiempo completo; pero si se justificara, la Corte tendría que tener 27 miembros.

Nos tienta la audacia de sugerir que las Salas cuenten con sólo 3 vocales, pero no tenemos, a fuer de honestos, ni convicción ni conocimientos suficientes respecto al número mínimo indispensable para administrar justicia a tan elevado nivel. Lanzamos nomás la idea, por si alguien la recoge y desarrolla.

Hasta aquí estos apuntes, un diagnóstico apenas de la situación y unas cuantas sugerencias sobre cómo encararla. Las aportamos en la confianza de que pueden contribuir a un trabajo más eficaz de la Comisión que tiene oficialmente a cargo la preparación del proyecto de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, imperativo mandato de la Constitución que nos rige.

Lima, julio de 1985

(*) La regionalización es mandato constitucional. Para ser plena y efectiva, deberá conducir a la creación de Cortes Superiores regionales, en vez de departamentales.



Trener



CORTESIA DE:

**ARMCO PERUANA
SA**

“Los Derechos de la Personalidad y la Interpretación Judicial”

Javier de Belaunde L. de R.

Catedrático del curso Personas Jurídicas de la PUCP.

El Código Civil de 1984 se ha promulgado en el contexto de una grave crisis nacional, uno de cuyos componentes es la falta de confianza en el sistema legal, derivada de su creciente ineficacia.

El sistema legal no garantiza a los ciudadanos sus derechos más elementales. Tampoco sirve para encausar razonablemente las relaciones sociales. Menos aún para resolver conflictos de un modo que merezcan aceptación. Normas de todas las jerarquías están aún para resolver conflictos de un modo que merezcan aceptación. Normas de todas las jerarquías están vigentes destinadas a implementar políticas del Estado, en unos casos, y en otros, a regular diversos ámbitos de la vida social. Sin embargo, nuestro sistema legal se encuentra “encallado”, cada vez más distante de las conductas y comportamientos sociales concretos.

Esta situación, sin embargo, —como expresión de esa desatención de la realidad en que frecuentemente incurren los juristas— no ha mellado su confianza en la ley. “Hay que dar una ley”; “la ley debe modificarse”, se sostiene con frecuencia, cuando se evidencian situaciones de desajuste o de divergencia entre ley y realidad.

Ello resulta particularmente significativo cuando se analiza el rol de la administración de justicia. Jueces y abogados fácilmente atribuimos a la vejez de las leyes profesales y de los códigos sustantivos la manifiesta inoperancia del sistema de administración de justicia. Frecuentemente el clamor por la reforma judicial concluye en el reclamo de nuevas leyes.

Resulta hoy evidente que uno de los ámbitos donde más honda es la ineficacia del sistema legal, es el del procesamiento y solución de conflictos sociales, a través del órgano del Estado encargado constitucionalmente de tal función: el Poder Judicial.

El ciudadano común y corriente, respecto a cuyo juicio deben estar siempre muy atentos los juristas, no confía en el aparato de administración de justicia. Así lo revelan todos los estudios socio-jurídicos sobre la materia (1), amén de los trabajos y encuestas periódicas recientes.

Pocos advierten la gravedad de tal situación. En un momento nacional como el que vivimos, en que la preocupación de todas las capas sociales por el creciente enraizamiento de la violencia en el Perú, hace reflexionar sobre sus causas económicas, sociales y políticas, resulta fundamental resaltar la responsabilidad en esa situación de violencia de la ineficacia del sistema legal y en particular del descrédito del sistema de administración de justicia, del cual formamos parte jueces y abogados.

Pocos advierten, también, la responsabilidad que le toca en esta crisis a la interpretación y razonamiento judiciales. No se trata únicamente de obsolescencia de

judiciales. No se trata únicamente de obsolescencia de leyes. Tampoco sólo o prioritariamente de inadecuación legislativa a la realidad. Sostengo que las creencias fundamentales que existe enraizadas en la cultura jurídica predominante sobre el razonamiento e interpretación judiciales, son en gran medida responsable de tal situación, en tanto sirven para sustentar una actividad jurisprudencial ajena a su razón de ser.

No se advierte y hasta se recusa el rol creador de derecho que tiene el juez. De este modo, se postula un juez “aplicador” de una normatividad legal en la cual se supone que el legislador ha previsto ya las situaciones que pueden presentarse en la realidad social. El rol del juez aparece así, mecánico. Se supone que en cada caso el razonamiento judicial debe corresponder a un sinlogismo, en el cual la premisa mayor es la norma legal aplicable; la premisa menor, la situación concreta sometida a juzgamiento, es decir los hechos; la conclusión, la sentencia judicial, extraída de subsumir los hechos en la norma legal aplicable. Cada caso tiene una única solución posible, derivada de la aplicación de la norma que preveía el caso. De este modo, se asume que fue el legislador el que optó por valores al legislar, o que hizo prevalecer en la norma el amparo de un determinado interés. El juez debe saber encontrar la norma aplicable al caso y punto. No le corresponde ninguna ponderación de los intereses en pugna, no le concierne evaluar los efectos sociales de sus decisiones. Se supone así que existe no sólo un sistema normativo completo sino unitario.

Esta creencia hace, por ejemplo, que entre los criterios prevalecientes para evaluar magistrados esté el “porcentaje de acierto” o “desacierto” de sus resoluciones, establecido en base al número de resoluciones que el superior jerárquico ha confirmado o revocado. Así, un juez tendrá un mayor grado de “acierto” en la medida que la Corte Superior confirme un número mayor de resoluciones dictadas por éste. La evaluación en tales términos expresa la mentalidad antes descrita. Si la ley ha previsto ya la solución única al caso, y al juez no le corresponde opción valorativa alguna, aparece más o menos evidente la posibilidad de evaluar a los jueces en términos de saber cuanto dieron o no con “la respuesta correcta”.

Esta creencia ha reforzado en los jueces su tendencia al formalismo; a privilegiar métodos de interpretación literal; a entender que los efectos concretos en la realidad de las sentencias judiciales, es algo impertinente en la consideración del caso; ha llevado a entender que lo que hay en un caso judicial no es un conflicto de intereses sociales, sino un conflicto de normas a aplicar. Por eso abundan soluciones que tratan de preservar la coherencia del ordenamiento legal, pero que pierden de vista lo real; ello hace, con frecuen-

cia, que los actores no puedan reconocer en la resolución su problema, y lo que es peor, que entiendan que éste no quedó resuelto.

Considero que gran parte de la pérdida de prestigio social de la administración de justicia tiene que ver esta manera de asumir el razonamiento judicial. Sin considerar los problemas de celeridad, de acceso, de costas, de honestidad, el sistema de administración de justicia no es confiable no sólo porque es incapaz de resolver los conflictos entre ley y realidad, sino porque en el razonamiento e interpretación judiciales, por contradictorio que parezca, no se prioriza siempre, el propósito de que el problema real concreto sometido a juzgamiento, quede resuelto en la vida real.

Esta actitud encuentra sustento no sólo en el temor al prevaricato, sino en una ideología que proclama el rol neutral del Juez ante los intereses y valores socialmente en conflicto. Que lo ha relegado a la función de aplicar más o menos mecánicamente normas legales.

Estimamos que las bases de esa concepción son equivocadas, la función del juez es eminentemente creadora de Derecho. Ello no sólo lo han resaltado juristas de la talla de Hans Kelsen, Philip Heck, sino que la vida cotidiana del funcionamiento del sistema legal así lo demuestra.

Tomemos el caso del nuevo Código Civil peruano de 1984, para demostrar hasta qué punto los objetivos de su promulgación, sólo podrán cumplirse mediante un rol activo y creativo de la jurisprudencia.

Dos de sus principales autores, los profesores Carlos Fernández Sessarego y Felipe Osterling Parodi han resaltado en diversos foros públicos que un cambio fundamental del nuevo Código respecto al anterior de 1936 es su carácter personalista frente al marcado carácter patrimonialista del derogado. Han coincidido en señalar que aspecto central de esa nueva inspiración del Código se encuentra en la consagración y desarrollo de los derechos de la persona, también denominados derechos de la personalidad.

Pongamos nuestra atención en ellos. Estimo que se trata de un tema particularmente útil para demostrar no sólo la falsedad de la visión que asigna al juez un rol meramente pasivo de aplicador de normas legales, sino hasta donde la vigencia del ordenamiento legal depende de la función creadora de derecho, complementaria a la del legislador, que le corresponde a los jueces. Los derechos de la personalidad —cuya consagración en el ordenamiento civil intenta “teñir” de personalismo al Código— requieren de un desarrollo jurisprudencial para lograr un significado concreto.

Efectivamente, no sólo se trata de postular que el Juez aplique las normas que tienen que ver con la tutela de un ámbito de la vida de las personas particularmente afectado en estos tiempos en el Perú. Se trata de entender que el Juez no podrá aplicar estas normas sin necesariamente crear derecho.

Keck refiriéndose al proceso legislativo, ha resaltado que “la verdad fundamental de la cual debemos partir es que cada norma del derecho determina un conflicto de intereses; (...) La protección de intereses a través del derecho nunca ocurre en el vacío. Esta funciona en un mundo lleno de intereses en competencia y consecuentemente, siempre trabaja a costa de algunos intereses. Esto es verdad sin excepción” (2).

El Código Civil de 1984, a nuestro entender, acertadamente ha incorporado al Libro I, Derecho de las Personas, los derechos de la personalidad en los artículos que van del 5º al 18º. Su tratamiento legislativo importa no sólo la reafirmación de la persona como valor supremo del Derecho, sino una acertada priorización de la tutela de derechos esenciales de la persona humana que se ven particularmente afectados en la actualidad.

De este modo en el Perú la tutela de la persona y sus derechos alcanza no sólo una formulación penal, como antes, sino constitucional y civil. “Se ha estimado que corresponde al Derecho Civil el tratamiento coherente y sistemático de los denominados derechos de la personalidad, en tanto se refieren a relaciones de conducta entre personas individuales, con un carácter predominantemente privado y no a relaciones entre éstas y la persona colectiva del Estado, que son materia de un tratamiento a nivel constitucional o penal, o sea dentro de un marco predominantemente público” (3).

Como expresan con acierto Díez-Picazo y Gullón: “La persona no es exclusivamente para el Derecho Civil el titular de derecho y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. Debe contemplar y proteger sobre todo a la persona considerada en sí misma, a sus atributos morales, y, en suma todo lo que suponga desarrollo y desenvolvimiento de la misma” (4).

No obstante la inclusión en la normatividad constitucional (Art. 2º de la Constitución de 1979) y civil, consideramos de aplicación la observación que formulan los autores citados respecto a la amplitud de la tutela legislativa. “Los derechos de la personalidad van siendo tipificados por el ordenamiento jurídico, aunque como dice Giampiccolo, no confiemos en encontrar en él todos los aspectos que concurren en la personalidad. Advierte que su protección debe alcanzar a todas las legítimas expectativas de respeto que el hombre puede esperar en relación al tiempo en que vive, con las razonables limitaciones que lleva consigo la convivencia humana y con las restricciones que exige el interés colectivo” (5). La pertinencia de esta observación, explica en el caso peruano la incorporación en nuestra Constitución del artículo 4º.

Pero, ¿respecto a los derechos de la personalidad tipificados en el Código Civil de 1984 y desarrollados en su articulado, la labor del legislador es suficiente? Creemos que no. La labor del legislador está inacabada. En muchos aspectos de la normatividad sobre los derechos de la personalidad, resulta fundamental la labor judicial pendiente. Proponemos como ejemplos, a fin de demostrar lo dicho, los siguientes temas: el derecho a la integridad física regulado en el artículo 6º del Código Civil; el derecho a la intimidad personal regulado en el artículo 14º; y el derecho a la propia imagen legislado en el artículo 15º. El contenido de esa normatividad, de manera más o menos amplia, está esperando la función creadora del juez.

En relación al derecho a la integridad física, el artículo 6º ha legislado sobre los actos de disposición del propio cuerpo. El legislador ha priorizado la protección de la integridad psico-somática del hombre. Por ello prohíbe, como principio, aquellos actos que ocasionen disminución permanente de la integridad física. No obstante, la misma norma prevé la posibili-

dad de que dichos actos sean válidos en determinadas circunstancias. El legislador equilibra el valor, la integridad física de la persona, con otro valor socialmente estimable: la solidaridad.

Sin embargo, la norma fija criterios, ideas-guía; no trae, por obvia imposibilidad, una relación de actos de disposición lícitos. En este contexto puede formularse ante un caso concreto una pregunta particularmente pertinente en países de aguda miseria como el Perú y donde el problema de crecimiento de la población resulta uno de los más graves.

¿Podría un ciudadano desempleado, afectado de una grave situación de insolvencia económica, con cinco hijos, decidir esterilizarse?

No ha previsto el Código nada explícitamente sobre la esterilización. El artículo 6º nos dice que los actos de disposición del propio cuerpo que causen una disminución permanente de la capacidad física, son válidos "si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios".

¿Podría un juez echar mano y razonar dentro del concepto de estado de necesidad para entender válidas esta decisión? O por el contrario, ¿entender que se trata de un acto atentatorio contra las buenas costumbres? Recordemos que hace muy pocos años la Corte Suprema en Sala Plena decidió la disolución de una asociación dedicada a divulgar métodos de limitación de la natalidad y a prestar asistencia, considerando que "tales actividades son contrarias a la moral y las buenas costumbres de la sociedad peruana eminentemente humanista y cristiana" (6).

Por lo pronto nos encontramos con dos valores en conflicto: la libertad de la persona y el interés social de reproducción de la especie. Pero ¿cómo se concretan esos valores en una sociedad y en un tiempo determinado?

Como dice Díez Picazo y Gullón, respecto a este tipo de derechos, el juzgador se halla obligado en numerosas ocasiones ante la ausencia de una precisión legal, a recurrir a la conciencia y convicciones sociales imperantes en relación con el supuesto de hecho contemplado. Nunca más válida la constatación de Oliver W. Holmes: "Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas dominantes, intuiciones de política pública declaradas o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con conciudadanos, tienen mucho más que ver que el sinlogismo en la determinación de las reglas con las cuales deberán gobernarse los hombres" (7).

Hay en el artículo 6º una cierta indeterminación involuntaria de la norma, al decir de Hans Kelsen. Esta norma general requerirá de normas individuales. En nuestro ejemplo el Juez tendrá que actuar, a no dudarlo, de algún modo, como si fuera legislador. Es decir deberá optar por alternativas igualmente válidas de interpretación, de acuerdo a los valores que quiera priorizar, y sobre todo, de los efectos sociales que quiera producir. El juez puede trazar una política en esta materia basada en sus propias convicciones. La ponderación de valores e intereses en juego, que fácilmente le reconocemos al legislador como propia, la deberá hacer el juez a propósito de tal caso concreto como condición previa para aplicar el artículo 6º del Código Civil.

Respecto al artículo 14º del Código Civil y la protección de la intimidad personal, podríamos afirmar que aquí la norma es categórica: los hechos de su vida personal y familiar no pueden ser puestos de manifiesto sin asentimiento de la persona. Pero, si se trata de un hombre público ¿cómo se aplica? Respecto a un político que, por ejemplo aspira a la Presidencia de la República o a otro cargo de alta responsabilidad, ¿se podría alegar en este caso que existe un interés social de conocer detalles del comportamiento concreto, personal de quien va a gobernar, pues ello muestra su personalidad y brinda elementos de juicio para una elección?

Respecto al derecho a la intimidad personal la doctrina reconoce que este tiene límites. Fernández Sessarego a propósito del artículo comentado señala: "El numeral reconoce la intimidad de la vida privada, en todos sus aspectos, como objeto de protección jurídica con los únicos límites del consentimiento de la propia persona o de la existencia de un prevaleciente interés social" (8).

"Observa acertadamente De Cupis que las personas públicas deben soportar el sacrificio de su intimidad, cuando haya un interés serio y justificado de la comunidad por conocer su efigie, vida y obras" (9).

En un caso concreto de conflicto entre el interés periodístico de dar publicidad un aspecto de la vida personal del hombre público y su deseo de mantenerlo en reserva, ¿cómo se aplica la norma? ¿Prevalece el interés colectivo de saber, por ejemplo, el estado de salud de un político o el interés privado de la persona, que considera esa información de su ámbito privado? El legislador civil optó entre tales intereses, privilegiando el interés privado. No obstante podría alegarse que el derecho a la intimidad personal que no está ni genérica ni explícitamente declarado en la Constitución, no puede obstruir el ejercicio de la libertad de información, máxime cuando existe un interés social de conocimiento de la vida del personaje público que ha de incidir en la elección que habrán de hacer los ciudadanos.

Este límite entre la libertad y el derecho a la información, de un lado, y el derecho a la intimidad personal, de otro, la doctrina lo puede bosquejar, los legisladores pueden exponer los motivos que llevaron a tutelarlos, pero ciertamente no sabremos exactamente como se priorizan y relacionan estos intereses en conflicto, estos valores que concurren en una situación, hasta que la jurisprudencia no nos diga cuál es el verdadero alcance del derecho a la intimidad personal y familiar en un país como el nuestro, donde diariamente apreciamos la impunidad con la que un importante sector de la prensa transita, precisamente sobre los ámbitos de la intimidad personal.

Probablemente en un contexto social de invasión permanente de la privacidad existan jueces propensos a trazar una línea jurisprudencial de protección y de priorización de este valor sobre los otros en conflicto. Quizás en otro contexto social y político, en el cual la población no haya accedido fluidamente a la información y se hayan establecido restricciones a la prensa, la política judicial podría inclinarse por dar un mayor espacio a la prensa.

Respecto al derecho a la propia imagen, regulado en el Código Civil de 1984 en el artículo 15º, debe-

mos destacar que ya Ernesto Perla Velaochaga en 1944 (10) resaltaba los intereses y valores en conflicto en torno a la reproducción gráfica de la imagen de las personas. El derecho a la propia imagen es una derivación del derecho a la intimidad personal. Se protege en razón de que "la imagen es una manifestación de la persona que está vinculada a sus atributos esenciales". Perla Velaochaga destaca como "la cuestión no podía aparecer antes de la invención de la fotografía, pues hasta entonces las reproducciones de las imágenes se hicieron por medio de la pintura, la escultura o la mascarilla funeraria, todas las cuales suponen el consentimiento del representado o de su causahabiente y además se obtenía un único ejemplar..." (11). Es pues la aparición de la fotografía, el desarrollo de la publicidad, la proliferación de sensacionalismo periodístico el que pone sobre el tapete la necesidad de proteger este derecho de la personalidad. El mismo autor en su importante y precursor artículo, resalta que respecto a este derecho de la personalidad convergen tres tipos de intereses. En primer lugar el del efigiado, es decir aquel de la persona cuya imagen es reproducida; de otro lado existe el interés del que ha tomado la imagen, entendido como derecho de autor; y en tercer lugar existe el interés y anhelo de la colectividad por la información gráfica. Antes del nuevo Código Civil, en el Perú estaban consagrados los derechos del tercero, como un derecho a la información, el derecho del tercero como derecho de autor, pero curiosamente no estaba protegido el derecho del efigiado. Perla sostiene que "el problema viene pues del conflicto entre estos tres elementos, cuando tienen intereses opuestos respecto al derecho a la imagen. La labor del legislador y del jurista se resuelve en establecer los justos límites de los derechos de cada uno de ellos o mejor dicho, se reducen a establecer los derechos que son correlativos a los derechos del efigiado, del autor y del público en general, respecto a la captación, a la reproducción y a la difusión de la imagen" (12).

El Código Civil de 1984 ha establecido cuál es el balance de estos intereses en el artículo 15º del Código. Prima el derecho de la persona. Sin el consentimiento de ésta, la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas. Sin embargo, "dicho sentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o de interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que celebren en público". Este artículo se inserta dentro de la concepción general de la doctrina, que admite la publicación de fotografías, sin necesidad de consentimiento alguno, cuando tiene por objeto fines científicos y didácticos o se relacionan con hechos o acontecimientos de interés público" (13).

Resulta fácil percibir, que para el legislador es imposible también en este terreno entrar al terreno casuístico. La indeterminación voluntaria de la norma es bastante amplia. Corresponderá nuevamente a la jurisprudencia darle concreción a los preceptos contenidos en el Código Civil, conjugando debidamente los intereses que si bien estuvieron presentes en el momento de legislar, continuarán presentes, de una manera viva al momento de juzgar.

El juez, haciendo uso no solamente de su conocimiento de la norma, sino de su voluntad, deberá priorizar algunos de esos intereses en conflicto. El derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad personal, como otros derechos de la personalidad, serán en definitiva, lo que el Poder Judicial en el Perú diga.

Creemos que los ejemplos son ilustrativos precisamente de lo contrario que se acepta comúnmente respecto a la función judicial. Respecto a esta normatividad —medular en la orientación del nuevo Código Civil— el juez deberá tener un rol necesariamente creador de derecho. El legislador ha trazado sólo un marco. Es imposible suponer que los derechos de la personalidad tendrán algún tipo de vigencia concreta en el Perú, sin esperar un rol creador de los jueces, es decir sin esperar y alentar que ponderen valores, definan políticas, es decir que compulsen intereses al momento de resolver.

El Código Civil peruano, dictado en la situación de crisis que hemos anotado, representa una vocación de vigencia. Expresa en el campo del derecho de las personas, la mejor decisión del legislador de tutelar los derechos fundamentales del ser humano. No obstante, podemos apreciar en los ejemplos antes expuestos, que esta vocación de vigencia, requiere necesariamente del juez. Si el Poder Judicial, en los hechos en los casos concretos, no entiende la normatividad del Código Civil como imperativa, sino como una especie de prólogo más o menos indiscutido de una norma legal de jerarquía, los derechos de la personalidad serán una proclamación más o menos lírica pero que no tendrán una repercusión concreta en la vida de los peruanos. Esta actitud habrá prolongado y acentuado, con la gravedad del caso, la desconfianza en el sistema legal. Igual efecto tendrá si el Poder Judicial, y con él los abogados, no comprendemos que la labor del legislador está inconclusa, y que en esta materia, como en otras, la vigencia del Derecho está pendiente de una actitud creadora que no puede asumir neutralidad ante los valores a intereses en conflicto.

Se ha justificado la necesidad que hubo de dictar un nuevo Código Civil en los profundos requerimientos de una realidad social cambiante. No cabe duda que la tutela de los derechos de la personalidad, amenazados por una conducta social en donde impera la impunidad y la lesión de los derechos fundamentales de la persona, es uno de esos requerimientos. En esta materia, el legislador ha cumplido. Compulsando los diversos intereses en conflicto ha dado una normatividad priorizando el valor de la persona y sus derechos. La tarea es ahora de los abogados y de los jueces. De los abogados en la medida que lleven ante los Tribunales de Justicia casos vinculados a la lesión de los derechos de la personalidad. En la medida en que propongan soluciones razonables que traen una definida política de protección de tales derechos. De los jueces en la medida que a través de una adecuada política judicial den contenido y desarrollo a la normatividad legal.

Si ello ocurre, al menos en alguna medida, creo que de alguna manera estaremos, contribuyendo a revertir la justificada desconfianza del ciudadano común y corriente en el sistema legal. Consiguientemente estaremos afirmando la fe en el Derecho como opción contraria a la violencia.

Lima, agosto de 1985

- (1) Ver, por ejemplo, PASARA, Luis: **"Jueces, justicia y poder en el Perú"**; Lima, Cedys, 1982. CIUDAD, Teresa y ZARZAR, Antonio: **"El Juez peruano en el banquillo"**: En: **"La Administración de Justicia en América Latina"**; Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984.
- (2) HECK, Phillip: **"The Jurisprudence of Interest"**, 1948; p. 39.
- (3) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: **Anteproyecto del Derecho de las Personas**; En: Pontificia Universidad Católica del Perú, **Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil**, 1980; p. 327.
- (4) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **"Sistema de Derecho Civil"**; Madrid, Ed. Tecnos, 1981; VOL. I, p. 358.
- (5) **Ibidem**; p. 359.
- (6) Revista de Jurisprudencia Peruana; Lima, abril de 1975 Año XXXIV, No. 375; pp. 431—435.
- (7) HOLMES, Oliver W.: **"The Path of the Law"** en Harvard Law Review, 1897, N° 10. pp. 457—478.
- (8) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: **"Exposición de Motivos y Comentarios al Libro I del Código Civil Peruano"** En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia: **"Código Civil Peruano"**, T. IV; p. 80.
- (9) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **op cit.**, V. I., p. 375.
- (10) PERLA VELAOCHAGA, Ernesto: **El Derecho a la Propia imagen**; En: DERECHO, No. 1, p. 30.
- (11) **Ibidem**, p. 35.
- (12) **Ibidem**, p. 33.
- (13) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: **op. cit**, Vol. I, p. 378.



PETROLEO PARA EL DESARROLLO DEL PERU

OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU

SUCURSAL DEL PERU

“Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles

Carlos Cárdenas Quiros.

Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984. y Catedrático de Derecho Civil.

Al Profesor Ignacio Izquierdo Alcolea ()**

El nuevo Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo No. 295 y que ha entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984, ha incorporado relevantes innovaciones en las diversas materias que son objeto de regulación.

Empero, también ha omitido introducir cambios radicales necesarios en muchas instituciones, por lo que puede ser objeto de justificadas críticas.

Es preciso meditar por ello sobre la conveniencia de su reforma parcial en un futuro cercano, si aceptamos, de un lado, que el propósito de un Código Civil no es otro que ofrecer soluciones cabales a los problemas que se suscitan en la vida diaria y, del otro, que no existen Códigos inmutables o definitivos.

No puede pretenderse que el legislador asuma el papel pasivo de mero espectador del cambio cotidiano, ni que se muestre indiferente frente a cuestiones cuya solución es reclamada para un adecuado desenvolvimiento de la vida privada.

Como ha expresado el ilustre científico y humanista español don Gregorio Marañón, “en la ciencia, que es ascensión perpetua, lo importante es... lo que nuestra obra, y aún más, nuestra conducta, tienen de antecedente para lo que los demás puedan hacer mañana. No debemos querer, pues, que nuestra obra sea continuada, porque esto equivaldría a estar satisfechos de ella, sino que las generaciones próximas la mejoren y superen”.

Debemos por eso, sin temor alguno, estar atentos a las deficiencias y dudas que resulten de la aplicación del nuevo Código Civil, que son las que finalmente obligarán a decidir sobre la necesidad de que sea objeto de enmiendas parciales.

Las líneas que siguen, están dedicadas precisamente al estudio de una materia que no ha sido objeto de regulación en el nuevo Código Civil y sobre cuya implantación es preciso reflexionar.

1. Introducción.

Se ha expresado con toda razón que la existencia de un buen catastro territorial constituye la condición indispensable de un buen registro inmobiliario.

Con el propósito de desarrollar este concepto fundamental, consideramos preciso referirnos previamente a la cuestión relativa a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles, que es donde cobra mayor relevancia.

¿Cuál es el sistema por el cual ha optado nuestra legislación positiva sobre el particular?

2. Transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles en el Perú.

De conformidad con el artículo 949 del Código Civil, “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Este artículo mejora sustancialmente la redacción del artículo 1172 del Código Civil de 1936 (1), sustituyendo la expresión genérica “la sola obligación de dar” contenida en él, que podía inducir a error respecto a sus alcances, por la frase “la sola obligación de enajenar”.

Como se sabe, las obligaciones de dar no sólo tienen por objeto transferir el dominio de un bien o pagar la cosa debida, sino también transferir el uso o posición de un bien o restituirlo a su propietario. A pesar de esta circunstancia y del texto del artículo 1172 citado, éste debía entenderse aplicable sólo a la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles y no regía para cierta clase de contratos, como los de arrendamiento o comodato, por ejemplo, regulados por sus propias normas.

La redacción del artículo 949 circumscribe el ámbito de su aplicación y aclara definitivamente sus alcances. Debe relevarse además su actual ubicación en el Libro V dedicado a los derechos reales (Sub-Capítulo IV.— Transmisión de la propiedad del Título II) y no en el Libro relativo al Derecho de Obligaciones, como ocurría en el Código de 1936.

Del artículo 949 se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por él para que no solamente se produzca el efecto de haberse consumado el contrato y surgido un derecho al bien para el acreedor (*ius ad rem*), sino que simultáneamente éste adquiera la propiedad (*ius in re*).

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del artículo 949, el pacto de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil y la “disposición legal diferente” a la que alude aquél. A este respecto es preciso puntualizar que la expresión “salvo disposición legal diferente” no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135 del Código Civil (2), sino a supuestos como el de la Ley N° 13517 (Ley Orgánica

de barrios marginales), que en su artículo 28 establece que el único título que acredita el derecho de propiedad privada sobre terrenos, parcial o totalmente integrantes de un barrio marginal, es el inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble con carácter definitivo, conforme a ley.

El artículo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble a diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación de dar: contratos de donación o de arrendamiento —cuando el supuesto no fuese el previsto por el artículo 1670 del Código—, por ejemplo, y no exclusivamente el de compra-venta), y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros acreedores, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo ofrece por tanto una solución obligacional al caso del concurso de acreedores y no una de carácter real al de pluralidad de propietarios. En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calidad de “modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria”.

Conforme a lo expuesto hasta aquí puede sostenerse que a la voluntad de las partes corresponde un papel vital en la transmisión de la propiedad. Es, como dirían los hermanos Mazeaud, el “*titulus ad acquirendum*”, y por si sola produce tal transmisión. Pero es también el “*modus acquirendi*”.

Como explica Raymundo M. Salvat (3), “en las legislaciones que, como el derecho francés (léase también derecho peruano), aceptan la transmisión de la propiedad de los inmuebles por la sola fuerza de las convenciones, la distinción entre modo de adquirir la propiedad y título, al menos en las relaciones entre las partes contratantes, carece ya de interés y aplicación práctica: el modo y el título se confunden; la venta, la donación, son a la vez el uno y el otro” (4).

Por tanto, no se exige la inscripción en el registro para que la transferencia quede perfeccionada.

En el Perú, el registro no tiene otro significado que servir de aviso para los terceros. Sin embargo, en pureza de conceptos, tiene un triple objetivo:

- i. Protección al titular de un derecho real, para que su ejercicio sea respetado.
- ii. Respeto por parte de la sociedad del derecho legalmente constituido.
- iii. Protección del interés y del derecho de los terceros.

Si nos encontrásemos en un sistema de publicidad perfecto, podría tenerse la certeza acerca de si el dominio adquirido es definitivo o no lo es; que el título goza de corrección y legalidad. Intervendría finalmente el Estado para garantizar la exactitud de las operaciones que se realicen, otorgando seguridades a los contratantes.

Desgraciadamente, no es este el sistema imperante en nuestro país. En 1936, el ponente del Proyecto de Libro Quinto del Libro del Derecho de Obligaciones, doctor Manuel Augusto Olaechea, escribía: “La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que

constituye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad. No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo precindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad...”.

Corresponde meditar si casi cincuenta años después es responsable seguir sosteniendo los mismos conceptos. A ello nos referiremos más adelante.

3. Desarrollo histórico de los sistemas de transmisión de la propiedad.

La historia evidencia que en un principio los contratos eran eminentemente formales, para luego de una evolución muy prolongada admitirse la transferencia de propiedad “solo consensu”. En Grecia, existían diversos procedimientos:

- a) Mediante ceremonias y ofrendas religiosas, ratificadas por juramento ante magistrados.
- b) Realización del acto traslativo de dominio ante un juez, atestiguando el acto tres vecinos radicados en lugares cercanos.
- c) Anuncios previos de venta, por un pregonero que informaba. Sólo a partir de ese momento el adquirente accedía a la propiedad (5).

En Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: la *mancipatio* y la *in jure cessio* para las *res Mancipi* y la *traditio* para las *res nec Mancipi*.

Según Gayo, eran *res Mancipi* las cosas más preciosas: “los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rústicas”.

Eran *res nec Mancipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes “y también el elefante y el camello que si bien son domados por el cuello o por el lomo no eran conocidos en Roma cuando se originó esta distinción” (Gayo II, 14 a 17).

La *mancipatio*, que se empleaba para la enajenación de la *res Mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos. En una balanza, la *libripens*, que debían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago. Además, debían pronunciarse fórmulas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in jure cessio*, utilizada también para la transfe-

rencia de las res mancipi, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implicaba una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el Pretor y el enajenante se allanaba a ello. La traditio (tradición) era empleada para alienar las res nec mancipi. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el tradens (el que entrega la cosa) y el accipiens (el que la recibe).

Posteriormente, surgen otros modos de adquisición: la colocación de maderas sobre las fincas, indicando los derechos reales que recaían sobre ellas o de piedras en el frente de ellas, con inscripciones destinadas al mismo propósito publicitario. Era común también el "circumambulare gleba" o "circumambulare fundum" que consistía en que el adquirente realizaba un paseo alrededor del predio que adquiría. Más tarde bastaría pasearse sólo por una parte de la finca o echar una mirada sobre ella. La "traditio longa manu" o "quedam modum manu larga" consistía en indicar al comprador la ubicación del predio que se iba a transferir desde un cerro.

Todos estos sistemas fueron luego abolidos, manteniéndose tan solo la tradición como modo de transmisión de la propiedad. Dos de sus modalidades, la traditio brevi manu, que supone la transformación de una relación de simple posesión en propiedad (cuando, por ejemplo, la enajenación se efectúa en favor de quien ya posee el bien, como un usufructuario o arrendatario), y el constituto posesorio, que es una situación opuesta a la anterior, pues consiste en la transformación de un vínculo de propiedad respecto del bien en una relación posesoria (caso en el cual el enajenante mantiene la posesión del bien como arrendatario, por ejemplo), persisten hasta nuestros días (6).

El sistema romano fue seguido por las antiguas leyes españolas a través de las cuales fue incorporada a nuestro derecho. Así, la Partida III, ley 8, título 30 disponía:

"Dando algún home a otro heredamiento u otra cosa cualquier, apoderándole de las cartas porque la el uso o faziendo otra de nuevo, e dándogela, gana la possession, magner non le apodere de la cosa dada, corporalmente".

En Alemania, la situación era distinta. Las tribus bárbaras, explica Valiente Noailles (7), constituían sobre los territorios que tomaban posesión una especie de dominio colectivo llamado marck. Al lado de esta propiedad colectiva estaban los lots, que eran parcelas entregadas a las diversas familias por adjudicación de las autoridades de las tribus.

Si se deseaba transferir una parcela era preciso que los jefes de las familias envueltas en la operación se presentaran ante los jefes y hombres libres de la tribu. Ante ellos, el enajenante manifestaba oralmente su voluntad de transmitir su propiedad al otro grupo. A continuación se pagaban los derechos que correspondían a la comunidad y, finalmente, ratificando su deseo, el que cedía entregaba una madera, un puñado de tierra, etc.

El sistema se iría perfeccionando hasta requerir la intervención del Estado en la misma posición del antiguo jefe de la tribu, como veremos más adelante.

Por su lado, en Francia, el antiguo derecho galo se inspiraba en el romano. Empero, la tradición llegó a

ser una ficción. Como explica Salvat (8), ésta se consideraba cumplida por medio de cláusulas especiales en las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa:

"Dessaisine et saisine (desposesión y posesión) efectuada en presencia de notarios y de testigos vale y está equiparada a la tradición y entrega de la posesión".

El Código Civil Francés de 1804, el Code Napoléon, recogió este antecedente, imponiendo el principio de que la propiedad se adquiría por el solo efecto de las convenciones (9).

Años después, mediante la ley de 23 de marzo de 1855, fue necesario completar el sistema a fin de que se salvaguardase el interés de los terceros. En virtud de esta ley, no se podía oponer a un tercero ningún derecho real sobre inmuebles si no estaba previamente inscrito.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema francés en materia de inmuebles estableció que para transferir la propiedad de los inmuebles bastaba el simple acuerdo de voluntades (sistema espiritualista). Tal transferencia, sin embargo, debía quedar inscrita, para producir efecto frente a terceros.

Este sistema, del que nos ocuparemos de nuevo más adelante, es precisamente el que ha sido seguido en términos generales por nuestra legislación.

Luego de la exposición precedente puede comprenderse la necesidad de establecer un sistema de publicidad que permita el conocimiento pleno, rápido, irrevocable y legal de la situación de los derechos reales.

¿Cómo lograr un sistema de publicidad cabal?

Un requisito indispensable para ello es la existencia de registros organizados a la perfección. Pero para esto será preciso decidir si corresponde tomar como fundamento el nombre del propietario del inmueble o, por el contrario, la ubicación de éste.

4. ¿Registros personales o reales?

Los registros personales suponen que los actos constitutivos, modificatorios o traslativos de derechos reales se asienten tomando en consideración el nombre del propietario.

Como lo ha sostenido invariablemente la doctrina, este sistema tiene gravísimos inconvenientes puesto que si se desconoce el nombre del dueño se ignorará la ubicación del inmueble. De otro lado, el título expedido por los registros no brindará una información completa sobre todos los derechos reales que recaigan sobre el bien. Por tanto, es más sencillo que el derecho de terceros se vea perjudicado.

Los registros reales, en cambio, tienen como sustento el catastro, es decir el censo de todos los inmuebles de un país.

El catastro comprende muy diversas operaciones. Así, las geométricas por las cuales es posible establecer la ubicación, medidas y superficie del inmueble. Las económicas, que permiten conocer las formas en que se le puede aprovechar y explotar. Las financieras para calcular los tributos sobre el valor de la propiedad predial. Las jurídicas, que permiten conocer con toda certeza el estado de los derechos reales sobre un bien.

En los registros reales aparece inscrito en los libros correspondientes el estado efectivo y la ubica-

ción de las fincas, con todos los derechos reales, cargas y gravámenes que pesan sobre ellos.

Como lo recuerda Valiente Noailles, este procedimiento tiene ventajas sobre el registro personal, habiendo sido definido el registro real como la matriculación de cada parcela de terreno en los libros con arreglo al catastro, de suerte que toda las búsquedas relativas al estado jurídico de la propiedad tengan como punto de partida el inmueble mismo. No existe duda de que la única forma de lograr un sistema de publicidad cabal será a través de los registros reales.

5. El sistema alemán de publicidad

Este sistema no sólo tiene por objeto resolver el problema de la publicidad, sino que adicionalmente, tiene por objeto brindar seguridad a las operaciones comerciales de inmuebles. El registro se convierte así en la prueba definitiva del derecho inscrito.

El sistema no es sino una derivación del predominio del concepto social que inspiraba la transmisión de dominio en las antiguas tribus germánicas. Como se recordará, en éstas era necesaria la intervención del jefe de la tribu para su materialización.

Por tanto, no resulta, extraña la participación del Estado, sobre la base de los libros territoriales, que no solamente tienen naturaleza irrevocable, sino que además, son atributivos de la propiedad.

Antes de la Ley Prusiana de 5 de mayo de 1872, estos libros se llevaban en algunos estados alemanes sólo para constituir hipotecas. En otros estados, en cambio, eran empleados para la constitución de cualquier tipo de derechos reales.

Salvat explica que en los países germánicos, respecto al valor de las inscripciones, se seguían dos sistemas:

- a) El principio de la fuerza jurídica formal de los libros territoriales: bastaba la inscripción en el libro para producir una modificación jurídica. Y,
- b) El principio del consentimiento: por el cual era indispensable para operar un cambio jurídico en los libros territoriales, además de la inscripción, la manifestación de voluntad de las partes contratantes. Este sistema fue el que consagró la Ley Prusiana de 1872.

Es preciso destacar las bondades de este segundo sistema. La Ley Prusiana de 1872 y toda la legislación posterior que la amplió, complementó y modificó, impone una absoluta correlación entre los libros territoriales, que están a cargo del Registro, y el catastro, a cargo de la administración. Cada inmueble se encuentra individualizado en la hoja territorial respectiva, en la que constan todos los negocios jurídicos referidos al bien.

Indicaba Solf y Muro en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852 que, si bien en aquellos libros territoriales cada inmueble tiene una hoja especial, su matriculación no se ha realizado individualmente a medida que se han transferido las propiedades o se las ha gravado, sino que se ha operado en todo el país, por vía de medida general y conforme se iba fijando la ubicación de los inmuebles en el catastro.

La hoja territorial se compone de un título y tres secciones. En el título se describe el inmueble; se indica el nombre del distrito donde se encuentra ubicado, si se trata de bienes rústicos, o el nombre de la calle y el número, si se trata de bienes urbanos; la naturaleza y el destino del predio; su venta o valor; el número que se le ha dado en el catastro; y las demás circunstancias que permitan su individualización.

En una columna especial se anotan sucesivamente las parcelas o porciones que se van independizando.

La primera sección es para conocer al propietario del inmueble y el origen de su derecho de propiedad; la segunda, para las servidumbres y para las restricciones de dominio; y la tercera, para las hipotecas y deudas territoriales (12).

En este sistema, cuando una persona desea vender el predio de su propiedad, debe concurrir con el futuro adquirente ante el registrador. En presencia de éste, el enajenante declara su voluntad de transferir la propiedad y el comprador la de adquirirla, lo que se hace constar en acta. La propiedad no se transfiere antes de la inscripción de ésta. No basta siquiera el contrato celebrado entre las partes, que sólo otorga un derecho de carácter personal al adquirente para obligar al enajenante a que acuda al Registro que es de carácter real, a fin de que se materialice la desapropiación del bien.

A partir de la inscripción, el título de adquisición de la propiedad es irrevocable. Si ocurriese que la inscripción perjudica los derechos de alguno, el Estado o el culpable, si lo hubiera, indemnizará al perjudicado.

Explicaba Solf y Muro en un memorando presentado a la Comisión Reformadora del Código de 1852 lo siguiente:

“La fuerza probatoria de la inscripción a mérito de la cual la persona inscrita como propietario queda garantizada contra toda acción fundada en un derecho no inscrito, está establecida en la medida necesaria para garantizar a los terceros adquirentes y a los acreedores del propietario inscrito. En las relaciones entre los contratantes la inscripción puede ser discutida y el título de transferencia anulado, pero bajo la reserva de los derechos de aquellos terceros, adquiridos bajo fe del Registro. Y aun esta garantía en favor de los terceros no juega sino cuando éstos han contratado sobre el inmueble de buena fe (sin conocer el vicio) y a título oneroso” (13).

La prescripción no funciona contra el propietario inscrito. Se considera que proteger la posesión clandestina por sobre la garantía pública del Registro, debilitaría su valor y comprometería su autoridad.

El sistema de las prenotaciones o anotaciones preventivas tiene por objeto garantizar de alguna forma los derechos no inscritos que pudieran ser perjudicados por propietarios aparentes con derecho inscrito.

Esta medida precautoria puede ser solicitada ya sea por quienes reivindican un inmueble o por los que reclaman la constitución, declaración, modificación o anulación de un derecho real. La prenotación es susceptible de ser opuesta a todos los que contraten sobre el inmueble con posterioridad a ella, de reconocerse el derecho sobre el cual versa.

La anotación preventiva igualmente procede cuando, una vez celebrado el contrato de transferencia, el enajenante es renuente a materializarla ante el Registro.

6. El Sistema Torrens (14)

Este sistema lleva ese nombre en homenaje a su inspirador, Sir Robert Torrens, un registrador de Sud-Australia que promovió su elección como diputado en el Parlamento a fin de lograr su consagración, la que obtuvo en 1858 al dictarse la Real Property Act por ley de 27 de enero de ese año, que posteriormente fue modificada en 1861.

Torrens notó que en el caso de transferencias de tierras del Estado, los adquirentes obtenían el dominio firme e indiscutible sobre las mismas, lo que incluso garantizaba la Corona Británica.

En cambio, no ocurría lo mismo con las tierras de los particulares las que estaban sujetas a reivindicaciones y litigios. Pensó entonces en un sistema por el cual intervenía el Estado en toda transferencia de propiedad. Para el efecto ideó la ficción de que los inmuebles, al venderse, retornan al dominio del Estado, y éste luego los transfiere al comprador. Como señala Valiente Noailles (15), "en síntesis, todo el sistema Torrens tiene por fundamento el reemplazo de los antiguos títulos de dominio, por otros nuevos entregados y garantizados por el Estado, de modo tal que imaginariamente él recupera esas tierras cual si nunca hubiesen pertenecido a nadie y luego las otorga libres de vicio".

Si bien este sistema se estableció como facultativo para los particulares, dadas sus ventajas, en la práctica, su empleo se generalizó (16).

El sistema exige la existencia de un catastro. Empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta de la reunión de actos parciales como consecuencia de cada inscripción.

Para las primeras inscripciones, es necesaria, además de la presentación de los títulos respectivos, la del plano y descripción del inmueble. Los títulos son estudiados concienzudamente por funcionarios especializados, que analizan el origen de los títulos, la legitimidad de la posesión, la ubicación del inmueble, su superficie, etc. A continuación se procede a la mensura del terreno por peritos, de acuerdo con los antecedentes reunidos. De considerar procedente la inscripción, se verifican publicaciones en los periódicos, notificándose a los colindantes. Si se produce alguna oposición, ésta se resuelve judicialmente, suspendiéndose el procedimiento registral hasta la resolución definitiva.

Para la inscripción se extienden dos certificados de igual contenido en los que se detallan todas las características del inmueble. Uno de los certificados queda en el Registro y el otro es entregado al interesado.

Es factible que la inscripción de cualquier negocio relativo al inmueble, pueda producir la privación de su propiedad al verdadero dueño. De acuerdo con el sistema Torrens, en este caso el perjudicado no puede reivindicar el bien si ha pasado a manos de un tercero, y sólo procede que el Estado lo indemnice. Ello, sin embargo, raramente se produce por las publicaciones que se efectúan. La inscripción puede ser anulada, en cambio, si el bien aún no ha sido transferido a tercero, y por causa de fraude o dolo.

Como explica Romero Romaña (17), "las transferencias de dominio sobre inmuebles se verifican en

forma muy simple, llenando los formularios del Registro con intervención del registrador y de un testigo. Cada inscripción produce el efecto de abolir las anteriores y se convierte en un título nuevo inatacable. Si se grava un inmueble con hipoteca, basta la simple anotación en los certificados, tanto del registro, como del propietario del inmueble".

Para la inscripción de los títulos se cobra una pequeña cuota que pasa a integrar un fondo, del cual el Estado dispone para el caso de tener que indemnizar a alguien cuyo derecho hubiere sido lesionado.

Mediante este sistema, y puesto que es el Estado el que confiere los títulos, se obtiene el saneamiento absoluto de éstos y su inatacabilidad. Los títulos van acompañados de una validez absoluta que impide el ejercicio de las acciones reivindicatorias o persecutorias.

Desde el punto de vista económico, este sistema tiene la gran virtud de incrementar los negocios inmobiliarios, pues inspira plena confianza.

Como expresó Torrens, para resaltar la bondad de su sistema: "El título de propiedad más excelente se asemeja a un lingote de oro, que cada vez que se trasmite hay que pesarlo y constatarlo, y para ello separarle un pedazo; pero una vez que este lingote se transforma en moneda legal, puede pasar de mano en mano sin deterioro ni pérdida de tiempo. El Registro y la expedición del título es el equivalente a la acuñación de la moneda".

7. El sistema francés o de la transcripción

Ya nos hemos referido anteriormente a este sistema. Su aplicación se inició a partir de 1855, en virtud de la ley de 23 de marzo de ese año, dictada como consecuencia de que el sistema consensualista puro consagrado por el Código Napoleón de 1804 se había revelado como deficiente suscitando diversas dificultades. Así, los acreedores podían ser fácilmente burlados si, por ejemplo, habiéndose constituido una hipoteca a su favor, se vendía el inmueble antes de la inscripción del gravamen. De otro lado, los terceros adquirentes no podían encontrarse seguros de haber quedado libres de una reivindicación.

Inclusive, antes de 1855, fue preciso que se ordenase legalmente que toda hipoteca inscrita dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, tuviese efecto retroactivo desde que se constituyó.

El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios:

- La inscripción tendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros.
- El registro sería personal.
- Los actos celebrados inter vivos necesariamente deberían ser inscritos.
- La inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias.
- Los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble.
- De un lado, se llevaría un registro de hipotecas y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

Conviene indicar que el sistema de transcripción fue modificado por el Decreto de 30 de octubre de 1935. Esta norma, así como la ley de 23 de marzo de

1855, fueron después derogadas y sustituidas por el Decreto de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicidad inmobiliaria (18). El sistema de la transcripción no es por tanto el vigente en Francia.

8. El sistema imperante en nuestro país.

El sistema francés o de la transcripción es, como se ha mencionado anteriormente, el que en lo sustancial rige en nuestro país desde la ley de 28 de enero de 1888, que estableció el Registro de la Propiedad Inmueble y que modificó sustancialmente el régimen espiritualista del Código Civil de 1852.

Dicha ley, semejante a la francesa de 1855, estableció en su artículo 7, que “no podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos reales, hipotecas, contratos, ni los demás títulos de derecho especificados en los artículos 3 y 4 si no están debidamente registrados”.

El régimen legal introducido por la ley de 28 de enero de 1888 no sufrió variaciones sustantivas una vez que entró en vigencia el Código Civil de 1936 que lo incorporó en su texto. Aun cuando el codificador discutió la posibilidad de implantar el sistema Torrens en el Perú, desechó la idea, arguyéndose para ello lo siguiente:

- Se carece de un catastro y existe dificultad para establecerlo dada la gran extensión territorial del país.
- Los títulos son imperfectos o defectuosos. Existen lugares en donde ni siquiera hay notarios públicos.
- El sistema Torrens resulta peligroso por falta de cultura jurídica en nuestro país.
- El sistema Torrens tiene como base la garantía del Estado, lo que no es factible entre nosotros.
- No existe personal especializado en materia registral.

Los codificadores Solf y Oliveira propusieron incluso como alternativa la inscripción obligatoria de los actos que versaren sobre inmuebles registrados o que se registrasen y que la inscripción fuese sólo facultativa para los demás.

Ese punto de vista fue combatido por los doctores Calle y Olaechea, quienes sostuvieron, no sin lamentarlo, la necesidad de mantener el sistema imperante hasta esos días.

9. Reforma del Código Civil de 1936

La solución propuesta por la Comisión Revisora, que es la del Código vigente, no significa otra cosa que admitir en la práctica que, aun cuando han transcurrido casi cien años del establecimiento del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, no han variado las circunstancias y que no es posible introducir cambios en el régimen registral vigente.

Los argumentos que sustentan ese parecer, que en lo fundamental no difieren de los invocados por el codificador de 1936, no son hoy día obstáculos que no puedan vencerse.

Hace algún tiempo escribía Romero Romaña (20) que “es inadmisibles que subsista para la contratación de inmuebles el régimen actual de tener que estudiar títulos de propiedad de treinta o más años, no obstan-

te estar inscrito el dominio en el registro de la propiedad. Ha debido hacerse el mayor esfuerzo para lograr el mejoramiento de ese organismo, de tan capital importancia para la propiedad inmueble. Nuestro registro es de tal manera deficiente que ni siquiera tiene adscritos ingenieros para que constanten la exactitud de las características que se atribuyen al inmueble, existiendo justificadamente el peligro de que se lleven a cabo inscripciones erróneas y aun de propiedades o construcciones que no existen. No creemos que sea acertado cruzarse de brazos, sino —por el contrario— que debe hacerse el mayor esfuerzo para facilitar y mejorar las inscripciones, hasta que pueda establecerse un sistema más avanzado, como es el Torrens”.

Compartimos plenamente estas reflexiones.

10. Solución que se propone

Nuestro sistema registral se sustenta en diversos principios, de los cuales hay que destacar el de la especialidad, consagrado por el artículo 13 del Reglamento de las Inscripciones (21). Por el principio de la especialidad, llamado también del “folio real”, el estado jurídico-dominial de la unidad inmobiliaria denominada finca se concentra en un solo instrumento (partida registral). En ese folio especial que se dedica a cada inmueble, deben constar todos los derechos reales constituidos sobre él y las variaciones que sufra en el tiempo. Este sistema otorga mayor certeza y seguridad a las inscripciones e información que el Registro se encuentra obligado a suministrar. Pero la aplicación del sistema del folio real no es suficiente.

Se ha expresado con razón (22) que “para que las constancias del folio real representen una seguridad de la efectividad de los derechos que reflejan se requiere, desde luego, que ninguna mutación se opere sin que se controle que quien transfiere una propiedad, constituye un gravamen o realiza un acto similar, procede en virtud de un título jurídico suficiente, como también que en el respectivo acto jurídico se han observado las formas legales (23). Pero además se requiere que el inmueble objeto del derecho reflejado en el folio haya sido precisamente identificado y ubicado. La primera función, de control de los antecedentes jurídicos del título y de las formas del acto de mutación, la cumple el propio registro inmobiliario. La segunda función es ajena al registro inmobiliario y debe ser cumplida por el catastro territorial”.

Es preciso por ello, la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño. Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible.

No se entienda por esto, sin embargo, que el catastro es un mecanismo de desenvolvimiento relativamente reciente. Muy por el contrario. El término “catastro” proviene de la voz latina “capistratum”, que

significa registro del impuesto por cabeza. Su origen se encuentra en los egipcios. Aun Roma lo conoció, aplicándolo los árabes en España.

Por Decreto Supremo Nº. 95 de 1º de marzo de 1965 se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil.

Esta Comisión formuló en julio del año 1980 un Proyecto de Código Civil, del cual merece destacarse lo siguiente, en relación con la materia que abordamos:

- Los bienes fueron clasificados en registrados y no registrados, pudiendo ser estos últimos registrables y no registrables (artículo 938).
- Los bienes registrados serían los que se encontraban incorporados a alguno de los registros existentes en el país. Los registrables, serían aquellos bienes que, por ser identificables, podrían ser objeto de registro (artículos 939 y 940).
- La adquisición convencional de los bienes registrados quedaría perfeccionada con su inscripción en el registro respectivo (artículo 978).
- La adquisición convencional de los bienes no registrados se perfeccionaría con la tradición (artículo 979).
- La prenda se constituiría sobre bienes no registrados (artículo 1094).
- La hipoteca se constituiría sobre los bienes registrados (artículo 1117).
- Se omitía toda regulación sobre los registros públicos.

Por Ley Nº. 23403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar, dentro del período constitucional, mediante Decreto Legislativo, el Código Civil cuyo Proyecto había preparado la comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936.

Para este efecto se estableció la formación de una Comisión Revisora, integrada por tres Senadores, tres Diputados y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, la que se encargaría de introducir las reformas que estimare pertinentes a ese proyecto.

La Comisión Revisora formuló las siguientes enmiendas al Proyecto (19), que finalmente quedaron incluidas en el texto final del Código Civil vigente:

- Los bienes son clasificados en muebles e inmuebles (artículos 886 y 887 del Proyecto, 885 y 886 del Código).
- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (artículo 925 y 949 del Código).
- La prenda se constituye sobre los muebles (artículo 1043 y 1055 del Código).
- La hipoteca se constituye sobre los inmuebles (artículo 1075 y 1097 del Código).
- Se dedica el Libro IX del Proyecto a los Registros Públicos (artículos 1964 a 2001, y del 2008 a 2045 del Código).

Ahora bien, para obtener resultados satisfactorios, es preciso lograr una correlación simultánea y armónica entre el registro inmobiliario y el catastro territorial, máxime si aquél se sustenta en el sistema del folio real.

El catastro debe pues convertirse en el complemento ideal de los registros. "Será posible así, comprobar

la efectiva existencia de los inmuebles, sus características físicas, el uso que se les da o que podría dárseles, el estado de posesión en que se encuentran. Mientras que los catastros complementarán los registros brindándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos, los registros complementarán los catastros, brindándoles información de los derechos reales que puedan invocarse sobre los inmuebles" (24).

Son innumerables las ventajas de un catastro, pero aparte de las jurídicas, tributarias, etc., y debido a la información recogida sobre la riqueza inmobiliaria y su distribución, el catastro puede convertirse en un instrumento decisivo de planeamiento social y económico.

Desde el punto de vista jurídico, sus virtudes son varias:

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en la realidad.
- Evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio.
- Debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
- Promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias, que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

La puesta en práctica del catastro debe ser inmediata, pero es imprescindible que vaya aparejada del perfeccionamiento del Registro Inmobiliario.

Estimamos que es preciso imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo ésta como requisito constitutivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

Se partiría en ese caso de una realidad efectiva, pues gran parte de los inmuebles en nuestro país se encuentran registrados. Se impondría la obligatoriedad del registro sólo para esos casos en adelante. El sistema se extendería a los inmuebles no inscritos, una vez que se incorporasen al Registro. Progresivamente, y de modo natural se generalizaría el sistema.

Mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquirente que ignoraba la primera enajenación y, aún, la venta de lo ajeno.

De otro lado, la prescripción adquisitiva o inscripción no operaría respecto del propietario con derecho

inscrito en el Registro.

Como explicaba el Profesor Oliveira en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, "el sistema de la inscripción armoniza con el concepto moderno del derecho de propiedad. Cuando se mira este derecho como una relación meramente privada, se puede concebir que se trasmita por efecto de la mera voluntad; pero cuando se le considera como una función social, como una relación pública que interesa a todos, entonces se comprende la necesidad de que en su nacimiento, en su transmisión y en su extinción intervenga el Estado, en su carácter de representante de la colectividad, a fin de prestarle las condiciones necesarias para el cumplimiento de su fin" (15).

Por su lado, el catastro deberá establecerse con los siguientes propósitos principales:

- Determinar la correcta ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los títulos jurídicos invocados o a la posesión ejercida.
- Establecer el estado parcelario de los inmuebles y regular su desarrollo.
- Conocer la riqueza territorial y su distribución.
- Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación tributaria y la acción de planeamiento de los poderes públicos (26).

Para el efecto será necesario imponer como unidad catastral básica a la parcela.

La parcela es "la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por un polígono de límites, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseída por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales consten en el documento cartográfico de un acto de levantamiento territorial inscrito en el organismo catastral" (27).

El estado parcelario del inmueble deberá establecerse mediante el levantamiento territorial (mensura). Deberá pues fijarse la ubicación del inmueble y sus linderos; su situación jurídica; y sus medidas lineales, angulares y de superficie.

11. Conclusiones:

- A. Es necesario que se dicte una Ley de Catastro que permita asegurar las condiciones mínimas indispensables para su desenvolvimiento eficaz.
- B. A ello deberá unirse el perfeccionamiento del Registro, mediante la exigencia de la inscripción constitutiva de derechos reales para los inmuebles registrados, a fin de que el catastro se complemente adecuadamente con aquél.
- C. Resulta conveniente que se cree una Dirección Nacional de Catastro, a la que debe encargarse entre otras funciones, las siguientes:
 - Ejecutar y registrar los actos de levantamiento territorial.
 - Conservar las marcas y mojones de levantamiento territorial.
 - Exigir declaraciones juradas a los propietarios o poseedores de los inmuebles.
 - Realizar inspecciones a fin de mantener actualizado el estado parcelario de los inmuebles o para comprobar infracciones por parte de sus propietarios o poseedores.
 - Expedir certificados catastrales que acrediten el estado parcelario.
- D. La realización de actos jurídicos mediante los cuales se constituyan, transmitan, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, deberá efectuarse sobre la base de los certificados catastrales, a fin de que tales actos respondan exactamente al contenido de los certificados.

Si es compartida la convicción que tenemos de que el Derecho, "que es rémora detestable y odiosa cuando como reloj parado marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible para los valores personales, cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo" (28), podrá comprenderse nuestra posición acerca de la necesidad de transformar el sistema registral de nuestro país e introducir sin temor el catastro, brindando a éste una regulación adecuada que permita su efectivo desenvolvimiento.

Hay que sacudirse creativamente del conservadurismo que impera en esta materia, para beneficio no sólo de nuestro sistema jurídico, sino también del país. Ellos nos lo exigen.

(*) El texto que sigue, que se publica ahora corregido y actualizado, constituye la ponencia que el autor presentó en el Simposio Nacional, "Catastro Multifinilaritario en el Perú. Resultados de un Proyecto Piloto de FAO ejecutado por la Oficina de Catastro Rural del Ministro de Agricultura", realizado en Lima el 27 de abril de 1984.

(**) "...La ciencia jurídica anda tras el Derecho legislado, que a su vez ha de seguir a la vida. No se crea con esto que reducimos el papel de la Ciencia a explicar, traducir, interpretar y construir con los materiales prestados por la ley; aunque esto ya fuese suficiente para dignificar el cometido y la función de los juristas, cumple la función de los juristas, cumple la Ciencia la misión honrosa y noble de preparar los senderos de la legislación futura, aconsejando, induciendo y hasta arrastrando con su autoridad las decisiones, y resoluciones del legislador" (Izquierdo Alcolea, "El derecho de retracto en la ley de arrendamientos urbanos", Casa Editorial Bosch, 1955, Pg. 9).

- (1) El artículo 1172 del Código Civil de 1936 establecía que "la sola obligación de dar una cosa inmueble determinado, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario".
- (2) El artículo 1135 prescribe lo siguiente: "Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua".
Un análisis exhaustivo sobre el tema del que se ocupa este precepto está contenido en la tesis titulada "El papel de la buena fe en la transferencia de la propiedad inmueble (Concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble)" cuyo autor es Gastón Fernández Cruz. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.
- (3) Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales. Tomo I, Edición 1946, pág. 428.
- (4) Por modo debe entenderse el hecho o acto que da nacimiento a la adquisición. El título es el acto jurídico que en ocasiones constituye el antecedente del hecho o acto que origina la adquisición. Explica Salvat: "si tomamos la tradición o la inscripción en el registro de la propiedad, ellas constituyen el modo, en tanto que el contrato de venta, de donación, que les sirven de antecedente, constituirían el título. El título confiere solamente un derecho a la cosa, pero la propiedad sólo se transmite cuando el modo ha sido cumplido" (op. cit., pág. 428).
- (5) Luis M. Valiente Noailles (h.), Derechos Reales, Buenos Aires, 1958, pág. 526.
- (6) El artículo 902 del Código Civil establece por ejemplo lo siguiente: "La tradición también se considera realizada: 1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo"
La regla comprende los supuestos de la tradición brevi manu y el constituto posesorio.
- (7) Op. cit., págs. 526 y 527.
- (8) Op. cit., pág. 494.
- (9) Artículo 711 del Código Francés: "La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria y por el efecto de las obligaciones".
Artículo 1138 del mismo Código: "La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. (. . .)".
- (10) Op., cit., pág. 528.
- (11) Op., cit., tomo III, Pág. 342.
- (12) Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, Quinto Fascículo, Lima, 1928, págs. 9 y 10.
- (13) Loc. cit., pág. 10.
- (14) Se sostiene que el sistema Torrens "no es un sistema de transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios, sino un sistema registral. La transmisión y constitución de tales derechos se opera a través de negocios jurídicos a los que se integra la inscripción registral constitutiva...". Miranda, Marcelo. Transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia. En "Ponencias de la delegación argentina ante el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino", Lima, Perú, 1982, págs. 373 y ss.
- (15) Op. cit., Pg. 531.
- (16) En Australia, para los inmuebles no incorporados en el sistema Torrens, funciona el sistema del "General Law", inspirado en el "Common Law" británico. Este sistema tiene efectos sólo declarativos. Coexisten en consecuencia dos sistemas.
- (17) Derecho Civil. Los Derechos Reales. Pág. 427.
- (18) El texto del Decreto de 4 de enero de 1955, así como el de 14 de octubre del mismo año, dictado para la aplicación del primero, pueden confrontarse en "Code Civil", Jurisprudence Générale Dalloz, 1980-1981, págs. 1155 a 1229.
- (19) Las enmiendas aparecen en el denominado "Proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión Revisora" publicado en el mes de febrero de 1984 en el diario oficial "El Peruano".
- (20) Op. cit., pág. 428.
- (21) "Artículo 13.- En el libro denominado "Registro de Propiedad" se harán los asientos de todos los títulos relativos a las fincas situadas dentro del respectivo distrito, expresándose en el primer asiento la historia de dominio o posesión, y en asientos por separado, unos a continuación de otros, se inscribirán las transferencias, hipotecas y demás derechos inscribibles. El primer asiento debe ser la inscripción de dominio o de posesión del inmueble".
- (22) Mensaje ministerial de elevación del Proyecto de ley por el cual se establecen las normas a las que deberá ajustarse el funcionamiento de los catastros territoriales (Argentina). El proyecto se convirtió en la Ley N° 20440 de 22 de marzo de 1973.
- (23) Esto supone la aplicación del principio de legalidad, que el sistema registral peruano tiene consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento de los Registros Públicos.
- (24) Mensaje...
- (25) Actas..., págs. 31 y 32.
- (26) Artículo 1 de la Ley N° 20440.
- (27) Artículo 5 de la Ley N° 20440.
- (28) Ramón Serrano Suñer, Siete Discursos, pág. 115. Ediciones FE, 1938.

“Los Registros Públicos y su Importancia en el Código Civil de 1984”

HUMBERTO JARA FLOREZ,
Catedrático de Derecho Civil de la P.U.C.P.

Sin temor a incurrir en exageraciones puede afirmarse que el proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Reformadora tuvo como tema de principal polémica aquella propuesta por la cual se buscó sustituir la clasificación de bienes por una que, en lugar de la distinción mobiliaria e inmobiliaria, diferenciase a los bienes en registrados y no registrados. Es fácil advertir que se buscaba con dicha reforma prestar una notoria atención al sistema registral, de modo tal que la institución del Registro tuviera un papel decisivo en diferentes aspectos de las relaciones jurídicas a establecerse, destacándose con nitidez aquellas referidas a la transferencia de propiedad y organización de las garantías.

Las oposiciones fueron mayores que las adhesiones. Se sostuvo que una reforma tan marcada traería consigo trastornos casi insalvables al sistema jurídico peruano. Que no venía al caso sustituir una clasificación milenaria de presencia repetida a lo largo de los siglos, por una clasificación advenediza, reciente y sin raigambre jurídica. Que la tradición obligaba a la continuidad, que la novedad no justificaba la variación, sobre todo si se tenía en cuenta que sistemas jurídicos más avanzados que el nuestro seguían manteniendo intacta la clasificación mobiliaria. Se dijo también que en las actuales circunstancias el sistema registral peruano no estaba, ni por asomo, en condiciones de poner en funcionamiento la reforma legislativa propuesta. Con Registros Públicos que a duras penas pueden llevar adelante su rudimentario sistema de tomos y fichas, se consideró una aventura proponer un registro constitutivo que como primer requisito debía tener un funcionamiento exacto para no trabar las transacciones que los contratantes realizan día a día.

Se afirmó, de otro lado, que esa reforma no sólo afectaría el sistema civil sino que, además, tendría notoria influencia en el ámbito tributario y mercantil, lo que se estimó inadmisibles porque la reforma del Código Civil se estaría entrometiendo en otros campos obligando a reformar leyes que gozan del ocio de la inalterabilidad. En síntesis, —quizá abusiva pero en términos figurativos más o menos precisa— se procla-

mó que la clasificación de bienes no debía ser cambiada porque los Registros Públicos en el Perú no podían ser mejorados o modernizados.

Al lado de las oposiciones señaladas, que apenas pueden ser consideradas como oposiciones sustentadas en razones jurídicas, existieron otras que sólo pueden ser comprendidas como producto del ofuscamiento al que a veces conduce una discusión, por ejemplo, aquella que sostuvo que si se aprobaba una nueva clasificación los libros quedarían en desuso. Comentario inaudito si tenemos en cuenta que los textos no contienen dogmas sino pautas de reflexión para ir creando normas que regulen los requerimientos de cada ordenamiento jurídico específico.

Toda esta polémica hoy, relativamente, ha perdido vigencia. Sirvió para demostrar que los conceptos tradicionales, por la simple razón de su antigüedad, se siguen imponiendo. Aceptamos los cambios siempre y cuando sirvan para conservar las mismas instituciones. Parece una paradoja o una contradicción sin embargo traduce el hábito cotidiano de dar un paso adelante siempre y cuando se den, a la vez, dos atrás.

No es intención nuestra analizar estos hábitos, vicios o defectos, según se los quiera ver, a los que somos propensos en el país. Queremos resaltar una curiosísima contradicción que podríamos denominar en términos coloquiales como una suerte de “hipocresía jurídica”: se temió darle importancia a los Registros Públicos y en nombre de ese temor se rechazó la reforma, pero el resultado final ha sido precisamente el otorgamiento de un rol preponderante al Registro. Se ha sustituido el riesgo de un cambio que bien orientado habría sido beneficioso por una mediocre opción que se queda a mitad de camino entre la eficacia registral y el sistema tradicional. Las apariencias han quedado a salvo: no se sustituyó la clasificación mobiliaria. Pero por la puerta falsa de este edificio, y quizá sin que sus propios arquitectos lo hayan proyectado, ha ingresado la institución registral. Este es el tema que vamos a abordar.



LOS REGISTROS PUBLICOS Y SU IMPORTANCIA EN EL CODIGO DEL 84

A partir de un análisis de las normas contenidas en el Nuevo Código Civil iremos haciendo notar el tema del epígrafe. Empecemos por el libro de los Derechos Reales.

El art. 912 dispone: "El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito".

La presunción que consigna este artículo queda desecha por la información que, en su momento, haya de proporcionar el Registro de la Propiedad Inmueble. Basta la inscripción para que lo que la ley presume quede sin valor. Efecto sustancial del Registro si tenemos en cuenta que la posesión está definida en el art. 896 como "el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad". El carácter fáctico del derecho de posesión cede ante la inocultable presencia registral. Entre un derecho y una institución se ha optado por esta última.

Idéntica situación se produce a propósito del art. 914. La presunción de buena fe del poseedor no favorece al poseedor del bien escrito a nombre de otra persona. Aquí se consigna una presunción legal de buena fe en favor de todo poseedor que podrá ser dejada de lado sólo cuando exista prueba en contrario, pero si de por medio existe una inscripción dejará de tener interés la prueba en contrario, y sobre todo la presunción; ésta ni siquiera será admitida ante la informa-

ción registral. Entre una presunción legal y el Registro prima éste último.

El art. 921 consagra definitivamente la importancia de las inscripciones. Usualmente, y en esto la doctrina es casi unánime, se ha negado la utilización de los interdictos y las acciones posesorias respecto de bienes muebles. Esta clase de bienes por tener condición mobiliaria estaban excluidos de la defensa posesoria, privilegio que recaía sólo en los bienes inmuebles. Se aducía que los bienes muebles no tenían importancia suficiente para gozar de esas acciones por aquel viejo adagio de "res mobiles, res vilis" y, sobre todo, porque en materia mobiliaria "lo posesorio vale título". Pues bien, hoy en día esta tradicional y antiquísima doctrina ha sido pulverizada. Los maltratados bienes muebles han adquirido categoría, han accedido a los beneficios otorgados a sus hermanos mayores los inmuebles, ya no vale más el principio inalterable de la posesión vale título porque cuando se trata de muebles **inscritos** es posible hacer el distinguo entre lo posesorio y lo petitorio y por tanto es posible concederles los interdictos y las acciones posesorias. ¿Quién ha obtenido esto? el Registro, el temido y vilipendiado Registro.

El art. 926 señala que las cargas o gravámenes que afecten al derecho de propiedad necesitan de inscripción para que tengan efecto frente a terceros. La publicidad erga-omnes, nota esencial de todo Registro, ha sido impuesta por esta norma. Su ausencia privará de eficacia a las restricciones dominiales que se establezcan. Idéntica razón es atribuible a lo dispuesto por el art. 993 referente al pacto de indivisión. Am-

bos asuntos significan que los acuerdos interpartes sólo podrán trascender con plenitud y vigencia mediante su acceso al Registro. Y eso será lo usual porque los acuerdos privados no tienen razón de ser si no sobrepasan el reducido marco de las partes contratantes. De poco sirve un derecho o un pacto que no puede ser enfrentado a terceros y esto último es posible mediante los sistemas de publicidad registral.

Otra institución del Código Civil del 84 que inapelablemente otorga inusitada importancia al Registro es la Prenda. La estructura actual del derecho real de prenda está basada en el Registro, sin éste la racionalidad que se le ha otorgado severía seriamente debilitada y la inoperancia de las garantías prendarias se haría ostensible.

La prenda civil siempre supuso la entrega de la cosa para su configuración. Sin entrega no podía existir prenda. Para casos excepcionales en los cuales la entrega privaba de medio de producción al deudor se crearon las llamadas prendas sin desplazamiento. En las demás situaciones la prenda civil mantuvo su esencia: el requisito de la traditio.

La novedad del Código del 84 en esta materia es la creación de la prenda con entrega jurídica. Se ha pasado a distinguir entre entrega física (traditio) y entrega jurídica. Así lo disponen los arts. 1055, 1058 y 1059.

La entrega jurídica supone la sustitución de la entrega material por la **inscripción**. Inscribir el gravamen en favor del acreedor supone el cumplimiento del requisito de validez establecido en el art. 1058 inc. 2o. Significa entonces que respecto de bienes muebles inscritos se puede constituir garantía prendaria sin necesidad de desposesión por parte del deudor bastando, para efecto de constitución del gravamen, la inscripción, léase la entrega jurídica.

El asunto es importantísimo. Una observación medianamente perspicaz nos conduce a afirmar que esta no es sino, en el fondo, la creación de hipotecas sobre bienes muebles, porque la existencia de la garantía y la sujeción del bien en favor del acreedor provienen exclusivamente de la inscripción. Así lo señala expresamente el art. 1059 en su parte final: "la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo". Y las notas esenciales de un gravamen real consistentes en la persecución y preferencia se desprenden indudablemente del efecto registral y ya no de la entrega material.

Es fácil percibir que a partir del Registro se ha innovado tremendamente la prenda civil. En primer lugar, se la ha alterado en su esencia al no exigirse la entrega material. En segundo término, los bienes muebles inscritos han pasado a tener un rango que antes sólo lo tenían los bienes inmuebles; y en tercer lugar, ya es posible hablar en nuestro sistema de hipoteca mobiliaria.

Estos cambios de indudable importancia surgen única y exclusivamente de haberse otorgado preeminencia a la institución registral, pues a partir de ésta es que se originan todos los aspectos que acabamos de señalar. Por si fuera poco se han creado también las prendas legales y, a tenor del art. 1065, "sólo proceden respecto de bienes muebles **susceptibles de inscripción**".

Asimismo, a pesar de los reparos al registro, anotados al inicio de este trabajo, se ha terminado creando el temido **registro constitutivo** en materia de prenda sobre muebles inscribibles.

Finalmente, debemos referirnos a una norma sustancial del Libro de Registros Públicos.

El art. 2012 consagra la presunción *jure et de jure* de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Lo inscrito es por todos conocido. El viejo aforismo del *magister dixit* parece haber sido variado por "el registro lo dice". Y nadie puede alegar lo contrario.

Entre una información particular o fáctica y una información registral primará ésta última, de modo que las relaciones que se establezcan al amparo de la fe registral serán preferidas a aquellas que carezcan de dicho amparo.

Lo expuesto resalta una presencia registral inédita en el sistema civil peruano.

Insistir en mayores ejemplos o análisis sería incurrir en el aburrido oficio de la reiteración. Todo lo señalado puede obtener el beneficio de un oficio más grato: la síntesis. Y para ello basta una frase: el Registro es una institución fundamental del Código Civil de 1984, a pesar de las oposiciones que en su momento se esgrimieron.

Inevitablemente uno se ve forzado a preguntarse el por qué de esta extraña situación, por qué consagrar en forma disfrazada un sistema que cuando fue planteado abiertamente provocó rechazo. Las respuestas se encuentran en otros predios de la investigación jurídica; en aquellos que explican el funcionamiento de las ideas y las reformas jurídicas. Queremos hacer notar, simplemente, que situaciones como las que hemos analizado se suscitan por efecto de una falta de cohesión en las ideas de quienes se encargan de adoptar cambios legislativos en nuestro país y que aferrados a un tradicional ecleticismo temen optar abiertamente por un sistema nuevo en su integridad. Y en materia de Derecho no siempre las mixturas ofrecen las soluciones. De ahí que sea cierta la afirmación de Trazegnies cuando señala que "éste es el razonamiento que encontramos muchas veces a lo largo de la historia del Perú y que produce un ordenamiento jurídico de características particulares: consiste en un esfuerzo por conciliar lo nuevo y lo viejo, los valores modernizadores y la tradición" (*). El grave riesgo es que ese tipo de opciones terminan alterando las instituciones jurídicas y produciendo híbridos legislativos que en su aplicación empiezan a mostrar sus incoherencias. Esperemos que, por lo menos en la materia que hemos analizado, no acontezcan serios problemas cuando se empiece a aplicar el nuevo Código, y que ojalá no se tenga que recurrir a modificaciones urgentes o a soluciones pragmáticas que, de cualquier modo, intenten aliviar problemas olvidando el rigor intelectual que supone la creación y aplicación de toda ley. Ojalá que no tengamos que suscribir aquella sentencia de S. T. Coleridge: "Toda reforma, aún cuando sea necesaria, será llevada por los espíritus mediocres, hasta un extremo tal que, a su vez, necesite ser reformado".

Lima, Abril de 1985.

(*) Trazegnies, Fernando de, *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*, Fondo Edit. PUC 1980, P. 52.

“Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia”

Christine Leroux de Belaunde
Maestría en Derecho, Universidad de París.

Para entender el cómo y el porqué de la existencia de dos órdenes de jurisdicción en Francia, es necesario remontarse hasta el principio, es decir, hasta la Revolución Francesa de 1789. La Ley del 16 y 24 de 1790, llamada “Ley de separación de los poderes”, proclama que “Las funciones judiciales son distintas y siempre quedan separadas de las funciones administrativas...”.

Esta ley es el producto de la historia y, principalmente, el resultado de dos factores:

- La reacción contra los abusos de los Parlamentos de la Monarquía. Intervinían en la Administración Real y se consideraban competentes para controlar y eventualmente sancionar a los administradores. Al final del Reinado de Luis XVI, la situación se había vuelto insostenible: los Parlamentos abusaban del “derecho de registro” de las leyes, para impedir las reformas necesarias.

- La influencia de las ideas de Montesquieu, quien en su obra cumbre “El Espíritu de las Leyes” afirma que “Cualquier hombre que tenga poder está inclinado a abusar de él...”. Para evitar esto, hay que separar los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En realidad, Montesquieu no proclamó una tajante separación de los poderes, pero los revolucionarios de 1789 interpretaron estrictamente sus ideas y proclamaron la separación absoluta de las funciones administrativas y judiciales. La citada Ley del 16 y 24 de agosto de 1790 es en sí la clave de todo el sistema orgánico francés como veremos a continuación, de ella deriva toda la estructura jurisdiccional del país.

I) Organización Jurisdiccional

Lo que pretendían los legisladores de 1790, era en términos generales, que la separación de las autorida-

des administrativas y judiciales condujera a la siguiente situación:

- (1) Los tribunales judiciales no deben preocuparse de la administración; por consiguiente, no pueden, ni deben juzgar los actos administrativos ni a los administradores.

- (2) Los administradores no deben juzgar, es decir cumplir funciones judiciales.

Esta concepción estricta de la separación de los poderes, imponía la creación de una jurisdicción administrativa especial, distinta de la administración llamada “activa”, encargada de solucionar los litigios administrativos. Esto fue instituido por Bonaparte en la Constitución del año VIII (1799), con la creación del llamado Consejo de Estado.

Sin embargo, el Consejo de Estado no tiene en sus orígenes una misión muy precisa. Así, es difícil saber si las decisiones que toma para solucionar controversias son verdaderas sentencias judiciales o sencillamente decisiones administrativas. Empero, poco a poco se impone el hecho de que el Consejo de Estado es un Tribunal, la Instancia Suprema para todos los Tribunales Administrativos que entretanto fueron creados.

Desde ese momento, podemos decir que existen en Francia dos órdenes jurisdiccionales, dos sistemas de tribunales, cada uno encabezado por una Corte Suprema distinta, a saber:

- Los tribunales de orden judicial, cuya más alta jerarquía la ocupa la Corte de Casación;

- Los tribunales de orden administrativo, cuya más alta jerarquía es ocupada por el Consejo de Estado.

Hoy en día, las razones históricas que ocasionaron el nacimiento de la jurisdicción administrativa no tienen ya vigencia. Sin embargo, el sistema se mantiene, por cuanto a lo largo de la jurisprudencia administrati-

AL ENCUENTRO DEL PERU PROFUNDO



Como bien se ha dicho, la minería es mucho más que la actividad financiadora del desarrollo nacional y su eficaz palanca. En nuestra exigente realidad geográfica, es también un agente de efectiva descentralización, que comunica al Perú moderno con el Perú profundo, en busca de una realidad más unida y fraterna.

La minería es el futuro mejor que llega desde la entraña de la tierra.

SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION

TOQUEPALA, CUAJONE E ILO

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

Gregorio Belaúnde
Alfonso Orbegoso
Donato Carpio
Miguel Castillejo
Ileana Gambirazio
Augusto de Almenara
Fernando Orbegoso
Luis José Orbegoso
Armando Lazarte
Jorge Trelles
Patricio Rickets Rey de Castro
Milton Von Hesse
Dante Nieri
Alberto Varillas
Pierrez Privot
José Amado Galván
Luis Chappuis Carrión
Sonia de Perea
Ana María Martijena
César Campos Rodríguez
Marcial Rubio

Hernando de Soto
Víctor Ferro Delgado
César Valega
Javier Arias Stella
Timmy Cardich de Chappuis
Beatriz Ramacciotti
Juan Carlos Tafur
Miguel Angel Cuadro
Neucy Cuadro Vilca
Carola Sansibiero
Mercedes Menacho
Patricia Jiménez
Yolanda Seminario
Martha Hurtado
Dora Avendaño
Ricardo Yori Umlauff
Susana Paniagua Jara
Francisco Tudela

va ha ido edificando un derecho administrativo muy elaborado sobre diversas materias de su competencia, lo que ha motivado que cada uno de los dos órdenes jurisdiccionales aplique normas sustantivas y procesales muy distintas.

Configuración actual de los dos órdenes jurisdiccionales.

(1) El orden judicial.

Por encima de todos los tribunales judiciales (*) se halla la Corte de Casación: Juez de última Instancia, y juez de Derecho. Sólo interviene para evaluar la correcta aplicación del Derecho, sin discutir la apreciación de los hechos efectuada por los tribunales o cortes inferiores. Cuando conoce de un asunto en virtud de un recurso en contra de una sentencia de un tribunal inferior ("pourvoi en cassation") puede fallar de dos maneras distintas: rechazando el recurso o "rompiendo" la decisión, con lo que el caso debe ser reconsiderado por un tribunal del mismo nivel que aquel que había fallado anteriormente.

Actualmente la Corte de Casación se compone de tres cámaras civiles, una cámara social, una cámara comercial y una cámara criminal.

(2) El orden Administrativo

El orden administrativo es algo más complejo, menos esquematizado, que el orden judicial. Sin embargo, vamos a tratar de explicarlo de manera sencilla. En el más alto nivel del conjunto, hallamos al Consejo de Estado. Dicho Consejo es juez de primera y última instancia cuando son impugnados decretatos o resoluciones ministeriales, o decisiones emanadas del Presidente de la República (es decir, del más alto nivel).

Generalmente, el Consejo de Estado interviene como juez de apelación para todas las sentencias de los Tribunales Administrativos (que son los tribunales de primera instancia administrativa de derecho común).

Por fin, puede intervenir también como juez de casación contra las decisiones de ciertos tribunales especiales, siendo el más famoso el llamado "Corte de las Cuentas" (Cour des Comptes), con funciones similares a las de la Contraloría, además de conocer lo relacionado con lo contencioso de las juntas electorales.

Estas son, en términos generales las funciones de la sección llamada "contenciosa" del Consejo de Estado, pero no podemos dejar de mencionar que el Consejo tiene también una misión distinta ésta es la de actuar como consejero del Gobierno. La Constitución de 1958 al igual que las anteriores, prevé la consulta obligatoria al Consejo de Estado, en asuntos como la redacción de los Reglamentos de Administración Pública (RAP).

A menudo, las leyes prevén que los decretos de aplicación deban ser adoptados luego de una consulta previa al Consejo de Estado; además, el Gobierno tiene la facultad de consultarlo cuando lo estime necesario.

Para cumplir esa función, el Consejo se divide en varias secciones, correspondiendo cada uno más o menos a un ministerio o a un sub-ministerio.

En conclusión sobre este asunto, siempre hay que tener presente que la jurisdicción administrativa no debe ser confundida con la "administración activa". La jurisdicción administrativa siempre hace respetar ese principio fundamental de separación de funciones, de ello resultan varias reglas importantes como aquella que impide a los tribunales administrativos apreciar la oportunidad de los actos administrativos (sólo pueden apreciar su conformidad respecto de la ley), o aquella otra que les impide dirigir órdenes a la Administración.

(3) El Tribunal de los Conflictos.

Al referirnos a la organización, se hace indispensable hablar del llamado Tribunal de los Conflictos. En efecto, siendo dos las órdenes de jurisdicción, es necesario prever el caso de los conflictos de atribución. Para estos fines fue creado por Ley de 24 de mayo de 1872 el Tribunal de los Conflictos, compuesto en partes iguales por miembros del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, que actúa bajo la Presidencia del Ministro de Justicia, en el supuesto caso que no se defina mayoría alguna (hecho que ha ocurrido pocas veces en la historia).

Esta institución ha creado principios muy importantes y ha contribuido sustancialmente al desarrollo del Derecho Administrativo, sobre todo afirmando la autonomía de éste respecto del Derecho común.

Esto último, en un fallo fundamental del 1º de febrero de 1873, "Blanco" (*), que no podemos dejar de citar:

"La Responsabilidad que pueda incubar al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de personas que emplean los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se hallan establecidos en el Código Civil para las relaciones de los particulares, ya que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, pues tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades de los servicios públicos y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".

II) La Delimitación de Competencias

Esta delimitación es el producto de la historia. Dada la amplitud del tema no pretendemos aquí explicar toda la materia, sino dar las ideas y principios generales de deslinde y sus excepciones más importantes.

1) Los principios

En el pasado, la idea de potestad pública regía para delimitar la competencia administrativa de la competencia judicial, hoy todavía rige la idea de servicio público, desde la decisión "Blanco" ya citada.

Para entender más los principios de la competencia administrativa, hay que resumir brevemente los dos géneros de recursos ante los jueces administrativos. Son los siguientes:

a) Recurso por exceso de poder; utilizado para pedir la anulación de una decisión administrativa. Es condición previa: que el demandante actúe motivado por un interés directo y personal y no por el interés general e impersonal que tiene todo ciudadano a que

la administración proceda legalmente. Puede ser acompañado por un pedido de indemnización por concepto del perjuicio causado por la decisión impugnada.

b) Recurso de plena jurisdicción utilizado en caso de conflicto con la Administración pero ya no con el objeto de hacer anular una decisión administrativa, sino para dirimir una disputa u obtener una indemnización. Conciernen a varios tipos de litigios:

- El contencioso de los contratos administrativos (contratos celebrados con una entidad administrativa).
- La responsabilidad delictual (por dolo o culpa) de la Administración; es decir, perjuicios causados, por hechos de los agentes públicos o de los bienes pertenecientes a la Administración (vehículos por ejemplo).
- La responsabilidad sin culpa del Estado (Responsabilidad por riesgo) derivada de la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Por ejemplo: responsabilidad por el hecho de las leyes o los tratados.

- El problema del "uso indebido de un procedimiento" ("détournement de procédure") en contra de una persona. Simplificando, se trata de los casos en que una autoridad determinada ha tomado una medida que no le correspondía tomar en el caso concreto, o ha utilizado un procedimiento que no era el correcto.

En principio, la administración es competente para todo lo que concierne a la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, sean éstos nacionales o locales; en caso que la administración actúe por vía de contrato o por vía de autoridad, en éste caso, se trata de una operación administrativa, la cual es, por su naturaleza, de la competencia de los tribunales administrativos.

Por el contrario, cuando el Estado actúa como una persona privada, los jueces judiciales son competentes. Este principio fue afirmado por el Consejo de Estado el 31 de julio de 192 "Société du Grait des Vosges", para la compra-venta de adoquines destinados a las calles de una ciudad.

Este principio, de aspecto sencillo, no suprime los problemas de límites. Resultará ilustrativo analizar el asunto a través de un cuadro:

1) Litigios entre particulares: Competencia de los tribunales judiciales.

2) Litigios que involucran a una persona administrativa:

Competencia de los tribunales administrativos si el asunto tiene que ver con el funcionamiento de un servicio público o si ha habido ejercicio por las autoridades administrativas de sus poderes de policía.

3) Litigios que involucran a un servicio público:

Competencia administrativa, salvo excepciones, siendo las tres más importantes:

a) Los actos de gestión privada de los servicios públicos. Esto es lógico y ya lo vimos (c. f. "Société du Granit des Vosges").

b) El caso de los servicios públicos industriales y comerciales (SPIC) distintos de los servicios públicos administrativos (SPA). Tal distinción fue hecha por primera vez por el Tribunal de los Conflictos el 22 de enero de 1921 "Société Commerciale de l'Ouest Africain", que en su considerando más importante dice que "ayudando mediante remuneración el paso de los peatones y de los vehículos de una ribera de la laguna

a la otra, la colonia de Costa de Marfil explota un servicio de transportes en las mismas condiciones que un industrial ordinario".

Por consiguiente, los litigios con los usuarios, con los empleados (salvo los Gerentes), con los terceros, etc., son de competencia, de los jueces judiciales.

c) La responsabilidad del Estado, por el mal funcionamiento del servicio público de la administración de justicia. Basado en la premisa que el Poder Judicial es el tercer poder del Estado pero al mismo tiempo, la justicia es un servicio público. La separación de los poderes se opone a que un acto judicial pueda ser ventilado ante un tribunal administrativo.

Es por ello que el concepto del "acto judicial" es tan ampliamente concebido por la jurisprudencia y la autoridad de la cosa juzgada asegura a los juicios el escapar al fuero administrativo. Empero, hoy existen diversos recursos, por ejemplo el recurso en revisión (una persona invoca un error judicial). Si tiene éxito el recurso, y si el error es reconocido, el Estado debe indemnizar al acusado injustamente condenado, por mal funcionamiento del servicio público de la justicia. En este caso la competencia es judicial, pero en otros, es administrativa. Por ejemplo el Consejo de Estado es competente para fallar sobre la Responsabilidad del Estado por inejecución de un juicio (principio proclamado por la sentencia "Couitéas" del 30 de noviembre de 1923).

Esta excepción (a la excepción) tiene una lógica institucional: sucede que es el poder ejecutivo, la administración en sus funciones policiales, que tiene la misión de hacer efectivos los fallos de los tribunales; al no hacer efectivo un fallo, es la administración la que está faltando a su misión. Es por ello que el demandante que no ha podido obtener la ejecución de un fallo a él favorable, debe ejercer un recurso ante los tribunales administrativos.

(2) Las excepciones al criterio principal.

Proviene casi todas de un prejuicio muy común en el siglo XIX: Los tribunales administrativos favorecen más a la administración que a los administrados, por lo que el Poder Judicial debe resguardar las libertades públicas, el Estado civil y la propiedad privada. Es así que aunque la competencia judicial fuera evidente en varios casos, se prefirió proclamarla:

— Por libertades públicas, se entiende aquellas organizadas por la ley: libertad de prensa, libertad individual...

La competencia de los jueces judiciales se justifica porque su ejercicio no puede ser objeto de control preventivo, sino de represión posterior de competencia de los jueces penales (por cierto, judiciales). Sin embargo, es de competencia administrativa el recurso contra un acto administrativo que afecta a una libertad pública. Por ejemplo, si un reglamento prohíbe una reunión, el recurso (por exceso de poder) es llevado ante el Tribunal Administrativo.

— Los problemas de capacidad o de estado civil son de competencia de los Tribunales Civiles. Aunque procesal, esta regla la proclama el Código Civil (art. 311.5 sobre Filiación) porque es de suma importancia. Al respecto, la distribución de la competencia es delicada porque el contencioso de la nacionalidad y

condición de los extranjeros es de competencia administrativa, a pesar de que se trata también de un problema de capacidad. La jurisprudencia moderna continúa preocupándose mucho de la sutileza de esta distinción.

— La propiedad privada ha sido tradicionalmente considerada en Francia como una libertad pública. Son de competencia judicial los casos de deposición, expropiación directa o indirecta, requisición...

Por último las excepciones que derivan sin ninguna lógica —de leyes particulares. Ejemplo: los tribunales judiciales son competentes para lo contencioso de los impuestos indirectos.

Una pregunta se plantea solamente para los tribunales judiciales: ¿Pueden estos interpretar y/o apreciar la validez de los actos administrativos? Esto, obviamente, en el caso de un juicio judicial (de competencia judicial) en el que una parte invoca un acto administrativo (decreto, reglamento...) para fundamentar su derecho, y la otra parte lo considera inválido.

La Jurisprudencia ha ido paulatinamente elaborando cuatro principios:

- Los tribunales judiciales pueden averiguar la existencia de un acto administrativo;
- Deben aplicar las reglas cuya validez y/o sentido no son seriamente discutidos;

- Pueden interpretar el acto y averiguar si el acto ha dado lugar a suficiente publicación;
- No puede apreciar la validez del acto, salvo en casos de ataque en contra de la propiedad privada. Cuando se impugna la validez de un acto administrativo, envían la cuestión a los tribunales administrativos (esto se llama plantear una "cuestión prejudicial"), para que den una respuesta antes de continuar el juicio ("Sursis 'a statuer'"). Eso prolonga considerablemente los procedimientos.

Esta es, a muy grandes rasgos, la delimitación de la competencia entre los jueces judiciales y los jueces administrativos. Los principios aunque antiguos están siempre vigentes, mientras la jurisprudencia procura adaptarlos a las realidades modernas al tiempo que enriquece permanentemente.

El Consejo de Estado, administrativo por su origen y procedencia, judicial por la independencia (de hecho) e imparcialidad de sus miembros, nunca ha dudado en pronunciar fallos contrarios a los deseos del Poder Ejecutivo; ha sabido crear los elementos de una protección contenciosa de la originalidad de la administración y de los derechos de los administrados, así como un derecho muy elaborado. Todo ello, a pesar de su lentitud y de su mal percibida posición aparte de la administración activa.

(*) En general, estos tribunales son los siguientes:

- Tribunales de Instancia, sucesores de los jueces de paz, sólo juzgan causas pequeñas por el monto en juego.
- Tribunales de gran instancia, que son los juzgados civiles de Derecho común.
- Tribunales de Comercio, que juzgan especialmente los litigios que involucren a comerciantes y sociedades; se componen de una serie de jueces, dos de los cuales son comerciantes, los preside un magistrado profesional.
- "Conseils de Prud'hommes", encargados de todos los litigios laborales, están constituidos por representantes del patronato y de los asalariados, además de un juez profesional.
- Comisiones de Seguro Social, especializados en los litigios que surgen con esa institución.
- Tribunales Paritarios de Arriendos Rurales, especializados en disputas referentes a renunciaciones de tierras. Casi siempre los fallos de estos tribunales pueden ser objeto de apelación ante las Cortes de Apelaciones; hay casos sin embargo, en que no existe la posibilidad de apelación, sino sólo de recurso en casación, (por ejemplo para los tribunales de Instancia). Cabe anotar que los juicios penales se reparten según se trata de contravenciones, delitos o crímenes (órdenes de gravedad ascendente).
- Las contravenciones son juzgadas por los Tribunales de Policía, que son la formación penal de los tribunales de Instancia.
- Los delitos son conocidos por los Tribunales Correccionales, formación penal de los juzgados de gran Instancia.
- Los crímenes son vistos por una corte especial, llamada "cour d' assises" (3 magistrados y un jurado de 9 ciudadanos), pero sólo lo son si la cámara de Acusación (formación penal de cada corte de Apelación) lo decide así, luego de haber examinado las conclusiones del juez instructor.

(*) En Francia, los juicios administrativos suelen conocerse por el nombre de las partes.

(*) Evidentemente los tribunales administrativos no pueden discutir la legalidad de una ley, sino que deben aplicarla.

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

(SEGUNDA PARTE)

Samuel Abad Y.

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

3) El Derecho Vivo: La Jurisprudencia

Debemos entender en este punto al vocablo Jurisprudencia como aquel conjunto de resoluciones finales que el Poder Judicial produce en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales sobre los casos sometidos a él (20). Es aquí donde se nota “el diverso modo de hablar entre el legislador, jurisconsulto y juez: el primero habla de “quien” o “quienquiera”, el segundo de “Ticio” o de “Cayo”, el tercero le da al hombre su nombre y apellido. Esto significa que los dos primeros se mantienen en el campo de lo abstracto, mientras el tercero labora sobre lo concreto” (Carnelutti: 168). Así ingresaremos en la segunda parte de este artículo a investigar el campo del derecho vivo.

El artículo 9 de la Ley 23506 establece una innovación dentro del sistema jurídico peruano al hablar de la posibilidad de crear jurisprudencia obligatoria en la medida que los autos que resuelven tanto acciones de amparo como de habeas corpus contengan principios de carácter general. Con este artículo, introducido por Domingo García Belaúnde, se ha pretendido crear riqueza jurisprudencial, como también evitar casos realmente curiosos como aquel del Fundo Guayaquil resuelto en 1964 en el que la Corte falló en seis meses de manera totalmente opuesta un caso similar (Borea: 1982:107), lo cual no implica como contraparte la imposibilidad de apartarse del precedente siempre y cuando se expresen las razones de hecho y de derecho que sustentan la nueva resolución.

El artículo comentado concuerda a su vez con el signado con el número 42, que obliga a que todas las resoluciones finales recaídas en este tipo de acciones una vez consentidas y ejecutoriadas sean publicadas obligatoriamente en “El Peruano”. Este dispositivo permitirá una mayor predicibilidad jurídica así como también obligará a los jueces a fallar pensando que sus resoluciones van a ser discutidas y analizadas en ejercicio del derecho otorgado por el inciso 17 del artículo 233 de la Constitución, lo que conllevará indirectamente

a que se estudie a cabalidad una resolución de este tipo antes de ser emitida (Ibid: 111).

Es esta posibilidad de la jurisprudencia de sentar precedentes, de ser obligatoria, lo que nos ha motivado a hurgar sobre la posición tanto del Poder Judicial como del Tribunal de Garantías Constitucionales.

3.1.) La posición del Poder Judicial

A) Características

La Ley 23506 entró en vigencia el 24 de diciembre de 1982, es a partir de esta fecha en que comienza nuestro trabajo jurisprudencial que tiene como punto final el 30 de abril de 1984, aproximadamente diecisiete meses de vigencia de dicho texto legal, labor que tiene por objeto extraer los principios de carácter general de tan interesante valor jurídico en la actualidad.

Se ha trabajado a partir de lo ordenado por el artículo 42 de la ley citada que obliga a la publicación de las resoluciones finales de amparo y habeas corpus, por lo que el estudio efectuado se funda exclusivamente en todas las resoluciones que sobre amparo han sido publicadas en “El Peruano” durante el período mencionado. De esta búsqueda han salido a la luz una serie de datos que nos aclaran la posición adoptada por el Poder Judicial que creemos es necesario sistematizar.

De esta manera del 24 de diciembre de 1982 al 30 de abril de 1984 han sido publicadas un total de ciento cincuenta resoluciones de amparo, de las cuales el 46.05% corresponden a acciones de este tipo instauradas contra sentencias, las que aunadas a los demás amparos contra otras resoluciones judiciales —autos y decretos— llegan a sumar el 54.6% del total publicado. Esto evidencia que en la actualidad el fenómeno conocido como “el boom de la acción de amparo” del que ya hemos hablado se orienta fundamentalmente en nuestro país contra las resoluciones judiciales que violen o amenacen derechos constitucionales. He aquí la importancia práctica del tema que analizamos.

**Resoluciones de acciones de amparo publicadas
(24-12-82 al 30-04-84)**

Violación o amenaza proveniente de:

1) Resoluciones Judiciales.	83
a. Sentencias	70
b. Otras Resoluciones	13
(autos o decretos)	
2) Municipalidades	23
3) Particulares	07
4) Diversos (21)	06
5) Acuerdos administrativos de Sala Plena	04
(Cortes Superiores)	
6) Acuerdos administrativos de Sala Plena	04
(Corte Suprema)	
7) Resoluciones Supremas.	02
8) Resoluciones Directorales	01
9) Decretos Supremos	01
10) Otras resoluciones administrativas.	06
11) Resoluciones de Juzgados Coactivos	01
12) Registros Públicos	01
13) I.P.S.S.	02
14) Itintec.	01
15) Dirección General de Servicios Turísticos.	01
16) Comité de Desarrollo de Lima	01
17) Jefes Departamentales	01
18) Universidades	01
19) Banco de la Nación	01
20) Jurado Nacional de Elecciones	01
21) Conasev.	01
22) Tribunal de Aduanas	01
23) Comisión del Ejecutivo al cumplimiento de un mandato judicial	01
24) Omisión de una autoridad judicial.	01
TOTAL	152

Consideramos igualmente importante, para demostrar el creciente uso de esta garantía, ver de qué manera el amparo y en especial el que se interpone contra sentencias se ha distribuido en el tiempo; con este objeto presentamos el siguiente cuadro:

**Distribución de resoluciones de amparo
por meses (22)**

	En general:	Contra sentencias:
— 1982		
Diciembre	— (23)	— (23)
— 1983		
Enero	—	—
Febrero	—	—
Marzo	—	—
Abril	02	—
Mayo	02	—
Junio	02	—
Julio	05	03
Agosto	05	04
Setiembre	08	01
Octubre	21	09
Noviembre	02	01
Diciembre	10	06
1984		
Enero	12	05
Febrero	28	10
Marzo	31	20
Abril	24	11

El esquema anterior nos muestra la etapa ascendente en que en la actualidad se encuentra el amparo instaurado contra sentencias, por este motivo pensamos que es también importante revisar cuáles son los procesos cuyas sentencias han motivado la interposición de dicha acción de garantía.



Procesos cuyas sentencias han sido materia de la interposición de acciones de amparo

– Aviso de Despedida	24
– Desahucio	12
– Otros con orden de lanzamiento (24)	08
– Diversos (civiles) (25)	16
– Diversos (penales) (25)	02
– Rescisión de Contrato (26)	02
– Acción Reivindicatoria (26)	02
– Usurpación	01
– Mejor derecho de uso	01
– Declaratoria de Herederos	01
– Juicio de faltas	01
– Proceso de expropiación de predio rústico (Tribunal Agrario)	01

TOTAL 70

Apreciamos de esta manera la mayor incidencia sobre las sentencias recaídas en juicios de desahucio y aviso de despedida, en buena cuenta aquellos procesos en los que cabe una orden de lanzamiento; y pese a que contra dichos actos procesales en algunos casos se puede interponer la acción contradictoria prevista en el C.P.C. se ha preferido iniciar acciones de amparo con el pretendido argumento de existir irregularidades procesales a fin de, muchas veces, discutir más ampliamente la litis, y también con la esperanza de suspender la orden de lanzamiento mediante el uso por el juez de la institución conocida como la “suspensión del acto reclamado” alargando así el procedimiento. Se podría decir que en muchos casos se ha pretendido utilizar el amparo como medio para acceder a una instancia más.

Sobre el sentido en que han sido resueltas las acciones de amparo interpuestas contra sentencias tenemos el siguiente esquema:

Improcedentes	.60
Nulas	.06
Infundadas	.04
Fundadas	.00

Es realmente abrumadora la mayoría de los autos que declaran “improcedente” a este tipo de acciones, lo que en un análisis un poco apresurado podría llevarnos a pensar que nuestros magistrados han adoptado durante todo el período analizado la tesis negativa pues como ha señalado Silva Salgado “es improcedente la acción que no se ajusta a derecho, sea por consideraciones de fondo, de forma o de la competencia del órgano ante el cual se pretende hacerla valer” (27). No compartimos semejante opinión porque, como se verá más adelante, el argumento principal utilizado para declarar la improcedencia ha sido el artículo sexto inciso segundo de la Ley, diciéndose en algunas ocasiones que como el accionante no logró probar la irregularidad de la resolución, ésta emanaba de un procedimiento regular resultando por ello improcedente la acción incoada.

Ante el problema de no haber encontrado una sola resolución que haya declarado fundada la acción interpuesta, nos vemos en la necesidad de revisar las resoluciones denegatorias de amparo contra sentencias con el objeto de extraer los principios de carácter general —de los que habla el artículo 9 de la Ley 23506— para así conocer la exacta posición adoptada por el Poder Judicial en esta materia. He aquí claro el

valor histórico del fallo al que Canelutti alude (:306) y que pasaremos a comentar.

B) Principales argumentos utilizados

Los principales argumentos esgrimidos en las resoluciones materia de estudio son los siguientes:

i) La acción de amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

Este en realidad no constituye un principio creado a nivel jurisprudencial sino más bien es un argumento de carácter legal —su base fiel es el inciso segundo del artículo sexto de la Ley— muy utilizado por nuestros magistrados para denegar la procedencia de la acción. Es así que en términos porcentuales el 74.28% de resoluciones han usado esta norma para declarar improcedente la demanda de amparo, asumiendo que la sentencia objeto de la acción emanaba de un procedimiento regular.

Mas lo importante en este punto radica en conocer si la Jurisprudencia ha definido cuando estamos ante un procedimiento regular, y si se ha inclinado o no a utilizar el “argumento a contrario sensu” para que quepa la acción en el caso de resoluciones emanadas de un procedimiento irregular. Sobre esta segunda inquietud notamos que se han presentado dos posiciones opuestas:

i.1.— Aquella “tesis negativa” que no permite la procedencia del amparo pese a que se acredite irregularidades en el proceso, lo que impide la posibilidad de iniciar una acción de garantía contra alguna resolución judicial dictada dentro de un proceso pues se precisa que en vez de ella se debieron utilizar los recursos establecidos por la ley y en caso de no haberlos usado o de usarlos sin ningún beneficio ya la resolución queda firme e irrevisable.

Esta tesis se ampara en los siguientes considerandos:

- “Los vicios que se dice fueron cometidos o las irregularidades, debieron ser corregidos oportunamente a pedido de las partes” (Segunda Sala Civil Corte Suprema, “El Peruano” 19.07.83).
- “. . . que en los casos en que se incurra en irregularidades en la tramitación de un proceso, las partes tienen expedito su derecho para interponer los recursos impugnatorios previstos en el Código de Procedimientos Civiles” (Tercera Sala Civil-Corte Superior de Lima, “El Peruano” 05.08.83).
- “. . . que los argumentos que alega como sustento de su acción inciden en aspectos que deben ejercitarse mediante los recursos que la ley franquea, pero no dan lugar a las acciones de garantía previstas por la ley número veintitres mil quinientos seis” (Quinta Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 17.12.83).

Los considerandos transcritos nos muestran la tesis adoptada por el Poder Judicial que es similar a aquella sostenida por Armando E. Grau quien opina que “... cuando una sentencia se dicta con violación de alguna garantía constitucional (léase derecho), debe impugnarse por las vías legales previstas ante los órganos judiciales de alzada, que si hecha la impugnación resultara rechazada y confirmada la sentencia, ningún órgano estatal puede declarar que existe notoria violación de una garantía constitucional y dejarla sin efecto, impidiendo su ejecución. . .” (:98). Pero nuestro órgano jurisdiccional también ha mantenido en algu-

nos casos una posición diferente que examinaremos a continuación.

i.2.— Una “tesis permisiva” que acepta el argumento a contrario sensu, por lo menos teóricamente, y por tanto permite la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular, exigiendo únicamente que se acredite la pretendida irregularidad aducida por el actor. Esta posición se sustenta en los siguientes considerandos:

- “... que la resolución judicial materia de la acción de amparo ha sido dictada en un procedimiento judicial y el demandante, de conformidad con el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles, debió probar que dicha resolución no emanaba de un procedimiento regular, por lo que es de aplicación el artículo 338 del Código antes citado” (Sexta Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 15.09.83).
- “... por lo que habiendo sido dictada la resolución judicial materia de la acción de amparo en un procedimiento judicial, el demandante debió probar que dicha resolución no emanaba de un procedimiento regular, acorde con lo dispuesto por el artículo trescientos treintisiete del Código de Procedimientos Civiles, por consiguiente es de aplicación el artículo trescientos treintiocho del Código de Procedimientos Civiles, por consiguiente, es de aplicación el artículo trescientos treintiocho del Código antes citado...” (Sexta Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 15.08.83).
- “... para que prospere el amparo debe probarse de manera fehaciente que han existido una o varias violaciones de los derechos que consagra nuestra Carta Magna, sin embargo el artículo sexto inciso segundo de la misma ley prescribe que no proceden las acciones de garantía contra las resoluciones emanadas de un procedimiento regular...” (Tercera Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 28.02.84).

Ante esta segunda posición sostenida por el Poder Judicial, que sintetiza en el argumento de que sólo cabe declarar fundada aquella acción de garantía interpuesta contra una resolución judicial que haya probadamente emanado de un procedimiento irregular surge la duda de saber cuando estamos ante un procedimiento de este tipo, ¿cómo ha definido nuestro órgano jurisdiccional al “procedimiento regular” a que se refiere la Ley 23506?. Durante el período analizado no hemos ubicado resolución alguna que precise este concepto, razón por la cual trataremos de aproximarnos a él a través de algunas consideraciones generales expresadas en los autos resolutorios de estas acciones. Así se dijo:

- “... los Jueces... que han intervenido en la tramitación y resolución del expediente que se tiene a la vista lo han hecho en su condición de tales debidamente nombrados y previo el juramento de ley... siguiéndose la acción pertinente por los trámites correspondientes... la acción de garantía planteada... contra resoluciones emanadas de un procedimiento judicial deviene improcedente...” (Corte Superior de Ica, “El Peruano” 09.07.83).
- “... no procede la acción de garantía contra la resolución emanada de un procedimiento regular, esto es que no permite la interferencia de acciones

en procesos judiciales” (Tercera Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 05.08.83).

- “... la situación procesal relativa a la competencia del Juez no puede dar pie a la acción de amparo...” (Quinta Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 30.12.83).
- “... la intervención del Juez... del Fiscal Superior y del Tribunal Correccional... se ha producido dentro de un proceso... y dentro de los cauces normales fijados por el Código respectivo...” (Quinta Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 30.12.83).
- “... el accionante ha sido citado, oído y vencido en juicio, habiendo por tanto tenido la oportunidad de oponer la defensa que la ley le permite dentro de un proceso llevado por los cauces previstos por nuestro vigente código adjetivo...” (Segunda Sala Civil - Corte Superior de Lima, “El Peruano” 05.01.84).
- “... habiéndose seguido la acción por los trámites previstos por el Código de Procedimientos Civiles...” (Tercera Sala Civil - Corte Superior de Lima, 05.03.84).

Si bien nuestros magistrados han sido excesivamente cautos para no definir qué es un procedimiento regular, los considerandos transcritos pese a sus vacilaciones y a veces contradicciones nos permiten pensar que tal proceso en ocasiones fue considerado como aquel en que ha intervenido un juez constitucionalmente competente, que ha sido seguido de acuerdo a los cauces sustanciales previstos por los códigos adjetivos y en el que se ha respetado la defensa en juicio, vale decir aquellos elementos que en opinión de M. Chichizola implican el “debido proceso adjetivo”—la inviolabilidad de la defensa, el principio del juez natural y la observancia de las formas procesales—. Este concepto extraído de los considerandos transcritos no es unánime sino más bien es excepcional, siendo la tendencia implícita asumir como regular todo procedimiento seguido ante el Poder Judicial en que las partes hayan hecho uso o hayan podido hacer uso de los recursos impugnativos que les franquea la ley.

He nos visto pues que en relación al inciso segundo del artículo sexto se han presentado posiciones contrarias que han coexistido en el tiempo, lo cual demuestra una cierta incertidumbre al nivel de nuestro órgano jurisdiccional para adoptar una interpretación uniforme, incertidumbre trocada luego por una línea jurisprudencial que impide hoy la procedencia del amparo contra sentencias dictadas dentro de un procedimiento que violen o amenacen derechos fundamentales.

ii) Las acciones de garantía por su naturaleza proceden cuando se han vulnerado sin previo juicio derechos constitucionales.

La procedencia en este caso de la acción es consecuencia de la tesis adoptada por la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Ley y cuyo fundamento es el artículo 233 inciso 9o. de la Constitución cuando precisa que nadie puede ser penado sin juicio—norma que recoge uno de los elementos del debido proceso adjetivo— y que guarda como antecedentes más remotos la cláusula 48 de la Carta Magna de 1215 que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado,

puesto en prisión ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país". Se ha expresado en los tribunales de la forma siguiente:

— "... que las acciones de garantía por su naturaleza proceden cuando se han vulnerado sin previo juicio derechos constitucionales, que de lo anterior se desprende que tales acciones resultan improcedentes contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento judicial. . ." (Sexta Sala Civil - Corte Superior de Lima, "El Peruano" 16.03.84).

Esta posición del Poder Judicial de sólo permitir la procedencia de la acción cuando no existe de por medio un proceso judicial y no admitirla contra las violaciones constitucionales cometidas dentro de un proceso se ve reforzada con el siguiente considerando publicado:

— "... inciso b) del artículo sexto. . ., esta disposición se encuentra sustentada. . . en la Exposición de Motivos de la citada Ley de Amparo, cuando refiere que las acciones de garantía contra las autoridades judiciales proceden siempre y cuando se trate de actos judiciales fuera de procedimiento, si ello ocurre dentro de un procedimiento judicial se entiende que el afectado debe recurrir a las vías procesales existentes en los respectivos procedimientos. . ." (Cuarta Sala Civil - Corte Superior de Lima, "El Peruano" 16.03.84).

Lo importante en la resolución transcrita es que se acoge sin mayor crítica lo dicho en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley, sin discutir o en todo caso aclarar los alcances de la modificación efectuada por el Senado a la versión del Anteproyecto a que nos referimos en la primera parte de este trabajo, parece ser pues que para nuestro Poder Judicial la adición efectuada al artículo quinto no ha modificado el sentido de la norma.

iii) Las acciones de garantía no son un recurso de casación que puede interponerse contra las sentencias.

Fix Zamudio (1979 :238) sostiene que el juicio de amparo mexicano constituye en esencia una federación de instrumentos procesales que se puede separar en cinco sectores, uno de los cuales —el de mayor importancia práctica— es el encaminado a impugnar las sentencias judiciales y que es similar al recurso de casación, calificado genéricamente como "amparo casación". Nuestras Cortes han sostenido en varias resoluciones que el amparo en el Perú no es un medio de casación de las sentencias judiciales diferenciándolo con el amparo mexicano precisado por Fix Zamudio. De esta manera se dijo:

— "... la acción de amparo no es un medio de casación de las sentencias ejecutoriadas y/o consentidas por supuesto error iudicando o de razonamiento al aplicar o interpretar erróneamente la Ley y el Derecho, el único objeto de estas acciones es la tutela de los derechos constitucionales violados..." (Cuarta Sala Civil - Corte Superior de Lima, "El Peruano" 29.03.84).

iv) No cabe el amparo contra sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Este es como se ha visto el gran escollo contra el que se enfrenta la procedencia de la acción de garantía. En la mayoría de resoluciones analizadas no se ha adoptado la posición que planteamos de ser el amparo

contra sentencias una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada (Rubio :1983 :423). La tesis se expuso de la siguiente manera:

— "... en el presente caso la acción se ha interpuesto contra una sentencia expedida en un procedimiento judicial, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y como tal no puede ser modificada en forma alguna" (Tercera Sala Civil - Corte Superior de Lima, "El Peruano" 09.12.83).

— "... la sentencia. . . tiene efectos irrevocables. . . por ende toda otra autoridad, la judicial está terminantemente prohibida de practicar actos conducentes a entorpecer de cualquier manera la ejecución del fallo que es inapelable y tiene el valor de cosa juzgada. . ." (Primer Juzgado Civil - Callao, "El Peruano" 24.10.83).

"... las sentencias de la Corte Superior y Corte Suprema materia de la presente acción son inamovibles. . ." (Corte Superior del Callao, "El Peruano" 16.11.83).

— "... con la acción incoada. . . se pretende cuestionar una decisión judicial que ha pasado a la autoridad de cosa juzgada, cuya observancia es una de las garantías de la administración de justicia. . ." (Corte Superior del Callao, "El Peruano" 07.03.84).

Los principales argumentos esgrimidos por el Poder Judicial nos hacen conocer la tesis por él asumida consistente en no permitir la acción contra resoluciones emanadas de un procedimiento y a permitir la —por lo menos teóricamente— contra aquellas emitidas per se, sin la existencia de un proceso. Cabe anotar que durante el período estudiado hemos encontrado una resolución que por su importancia creemos necesario mencionar aquí pese a no tratarse de una acción de amparo: el caso Elena D'Onofrio de Cerruti, verdadero "leading case" en el cual mediante una acción de garantía, un habeas corpus, se deja sin efecto si bien no una sentencia sí una resolución judicial —un decreto sustancialmente inconstitucional— que impedía la salida al exterior de la recurrente, decreto dictado en el procedimiento especial que se le seguía por delito de injuria (28). Parece ser pues que en materia de habeas corpus las autoridades judiciales se han mostrado más accesibles a proteger los derechos fundamentales emane de quien emane la violación o amenaza de vulneración.

3.2.) La posición adoptada por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Con fecha diecinueve de noviembre de 1982 se instaló en la ciudad de Arequipa este órgano de control de la Constitución y a escasos días de su instalación, el catorce de diciembre abrió al público una mesa de partes en un ambiente del Colegio de Abogados de Arequipa para recibir los primeros escritos (29). Una de las funciones de este organismo, como lo precisa el artículo 298 inciso 2o. de nuestra Carta Magna, es la de conocer en casación las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y amparo agotada la vía judicial. Esto nos ha motivado a analizar los fallos del Tribunal a fin de conocer cuál es la tesis por él sostenida para el caso de amparos contra sentencias.

El estudio se inicia el primero de diciembre de 1982 y culmina el 30 de abril de 1984 (30), en base

exclusivamente a las sentencias que obligatoriamente deben ser publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" de los casos que conozca el Tribunal —artículo 53 de la Ley 23385— y adquiere utilidad en la medida que sus fallos constituyen jurisprudencia constitucional obligatoria, la cual no es inflexible pues cabe apartarse del precedente —artículo 50— si la nueva resolución es adoptada por no menos de 8 votos conformes.

Durante el lapso estudiado se aprecia el mayor empleo del recurso de casación contra resoluciones de la Corte Suprema denegatorias de acciones de amparo, siendo así que de 50 sentencias publicadas, 46 corresponden a resoluciones denegatorias de este tipo de procesos y únicamente 4 a autos que deniegan acciones de habeas corpus.

De esta manera hemos elaborado el siguiente cuadro:

Sentencias del T.G.C. resolutorias de recursos de casación interpuestos contra autos denegatorios de acciones de amparo iniciadas contra:
(01.12.82 al 30.04.84)

1) Acuerdos de la Corte Suprema que no ratifican a Vocales y Jueces	17
2) Expropiaciones	10
3) Resoluciones Judiciales	05
a. Sentencias	04
b. Autos	01
4) Municipalidades	03
5) Omisiones del Ejecutivo al cumplimiento de mandatos judiciales	02
6) Jurado Nacional de Elecciones	01
7) Consejo Nacional de Servicio Civil	01
8) Registros Públicos	01
9) Particulares	01
10) Corporación Departamental de Lima	01
11) Colegio de Abogados de Tacna	01
12) I.P.S.S.	01
13) Dirección Universitaria de Personal Administrativo	01
14) Dirección de la Zona de Educación No. 1	01
TOTAL:	46

El examen del cuadro nos muestra que a la abrumante mayoría de amparos interpuestos contra resoluciones judiciales se opone el número minoritario de recursos de casación contra resoluciones judiciales de la Suprema que llegan al Tribunal Constitucional, esto se explica probablemente por las pocas esperanzas de un triunfo ante este organismo luego de haberse agotado la vía judicial y a los evidentes egresos que el uso de este órgano constituye.

Otra consecuencia que se extrae es que no se ha cumplido a cabalidad con el mandato fijado por el artículo cuarentidos de la Ley 23506 pues varias de las resoluciones llegadas al Tribunal no han sido publicadas en "El Peruano".

Trataremos ahora de examinar las cinco sentencias del T.G.C. que inciden en el tema que estudiamos:

i) El caso Joffre Fernández Valdivieso —resuelto el 09.06.83 y publicado el 21.06.83.

El actor inicia ante la Corte Superior de Lima acción de amparo contra la sentencia de la Suprema que declara infundada la demanda de nulidad de resolución administrativa, amparo que es declarado inad-

misible por la citada Corte e improcedente por el Supremo Tribunal. El T.G.C. en pleno falla casando la resolución y ordenando que la Suprema motive el fallo por ella emitido observando el inciso cuarto del artículo 233 de la Constitución. De este caso no es posible extraer elementos que nos permitan conocer la posición del Tribunal, por lo que la ejecutoria no adquiere la importancia deseada.

ii) El caso Jorge Roel Pineda —resuelto el 09.06.83 y publicado el 30.06.83.

El demandante de amparo interpone esta acción contra la ejecución de sentencia recaída en un proceso en que no fue parte y que ordenaba la entrega de la posesión del inmueble que ocupaba. Sin mediar trámite alguno la Corte Superior declara improcedente la acción y la Suprema declara no haber nulidad en la recurrida. No habiéndose dado cumplimiento a lo prescrito en el artículo 233 inciso cuarto de la Ley Fundamental el Tribunal Constitucional falla casando la resolución de la Corte Suprema. Las consideraciones del T.G.C. no afrontan la problemática que estudiamos a diferencia de los fundamentos de los votos singulares de los magistrados Peláez, Corso (32) y Rodríguez Mantilla quienes sostienen que por tratarse el acto materia de amparo de resoluciones de carácter jurisdiccional la acción es improcedente razón por la cual se inclinan a denegar el recurso de casación. Silva Salgado no participa de semejante opinión pues precisa "... que al declarar el artículo 295 de la Constitución que la acción de Amparo cautela los derechos distintos de la libertad individual reconocidos por ella que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, está implicando a los jueces en su labor jurisdiccional, de acuerdo con la significación del vocablo "autoridad" que da el Diccionario de la Academia de la Lengua y lo dispone, contrario sensu el artículo sexto, inciso dos, de la Ley 23506. ..."

Esta sentencia no nos muestra tampoco la posición asumida por el T.G.C. en su conjunto aunque destaca por cierto la tesis permisiva propuesta por Silva Salgado.

iii) El caso Sara Neyra García —resuelto el 20.06.83 y publicado el 07.08.83.

La actora inicia ante la Corte Superior de Lima, acción de amparo contra la sentencia que deniega la procedencia de su demanda de aviso de despedida pues esta acción ya se había extinguido en un proceso anterior por desistimiento; la sentencia del Tribunal considera que no ha lugar a la casación porque no se ha violado ningún dispositivo legal o constitucional. Resalta nuevamente en esta resolución el voto por la casación de Silva Salgado pues el hilo conductor de su argumentación parte de considerar "... que las acciones de garantía están destinadas a restablecer rápidamente los derechos fundamentales de la persona. ... aunque la violación o la amenaza provenga de autoridad judicial, cuando esta ha procedido irregularmente infringiendo la ley sustantiva o procesal. ...".

Nuevamente de este caso no podemos conocer la posición exacta del Tribunal, pese a destacar el criterio expuesto por Silva Salgado, que evidentemente no nos muestra la opinión de este órgano en su conjunto.

iv) El caso Rosa Tudela Vda. de Gerdt —resuelto el 27.06.83 y publicado el 19.07.83.

Doña Rosa Tudela interpone acción de amparo

ante la Corte Superior de Arequipa con motivo de las resoluciones judiciales expedidas en el incidente de embargo que se le había seguido. La Corte Superior sin trámite previo alguno dicta resolución declarando inadmisibles la acción, el Supremo Tribunal declara haber nulidad en la de vista e improcedente al amparo. Esta resolución se eleva al Tribunal de Garantías el que considera haberse violado el artículo 233 inciso cuarto relativo a la motivación de las resoluciones y falla casando la resolución de la Corte Suprema.

De las consideraciones de la sentencia del T.G.C. tampoco podemos extraer los principios de carácter general que pretendemos.

v) El caso Joffre Fernández Valdivieso —resuelto el 22.09.83 y publicado el 23.11.83.

Este es uno de los pocos casos en que el T.G.C. falla dos veces consecutivas un mismo asunto, así este proceso se inicia conforme se comentó en el punto i) y concluye con la sentencia que ordena se case la resolución suprema, tribunal que regularizando su actuación emite un nuevo auto que deniega la procedencia del amparo; contra éste se interpone recurso de casación por segunda vez, y el Tribunal en mayoría declara que no ha lugar a la casación, pero a su vez sustenta una tesis que creemos importante pues nos permite conocer la posición de este órgano constitucional. Se sostuvo que la sentencia objeto de la acción de garantía "... tiene el carácter de cosa juzgada, que el artículo sexto de la Ley 23506 en su inciso segundo, ha recogido la jurisprudencia imperante antes de su promulgación, cuyo sentido último es el acatamiento al principio constitucional de la cosa juzgada que consagra el artículo doscientos treintitrés inciso once de la Carta Fundamental. ...". Posición que motivó el voto por la casación de Aguirre Roca quien al igual que Silva Salgado adopta la tesis permisiva precisando "... que no encuentro nada en la Ley 23506 que permita suponer que ella. ... ha recogido la jurisprudencia imperante antes de su promulgación cuyo sentido último es el acatamiento al principio constitucional de la cosa juzgada. ... ya que. ... se ha inspirado en modelos extranjeros. ... que sí permiten que las sentencias de la Corte Suprema sean contradichas ante los Tribunales Constitucionales. ... no se debe olvidar que cuando el artículo sexto inciso segundo de la Ley. ... deniega la vía del amparo en caso de resolución judicial emanada de procedimiento regular, contrario sensu, la abre tratándose de resoluciones judiciales que no reúnan este doble requisito de la "regularidad" y la "judicialidad". ...". Cabe anotar que la decisión se adoptó por siete votos conformes —Nicanor Silva S. que como vimos comparte la tesis permisiva se excusó— lo cual es de singular importancia dado que el artículo 50 de la Ley Orgánica del T.G.C. expresa que para apartarse de la jurisprudencia precedente sentada por él se requiere no menos de ocho votos conformes, por lo que de mantenerse este criterio y sabiendo que sólo dos magistrados son partidarios de la tesis permisiva será difícil que la posición que permite la procedencia del amparo contra sentencias sea adoptada por este órgano de control de la Constitución. La sentencia en análisis si bien nos aclara que en opinión de la mayoría del Tribunal no procede el amparo contra resolucio-

nes irregulares pues refiere que el segundo inciso del artículo sexto de la Ley recoge el principio de la cosa juzgada no indicando la existencia de excepción alguna al respecto, no nos precisa cual es la posición del T.G.C. en relación con las resoluciones judiciales emitidas sin la existencia de un proceso, vale decir la vulneración sin previo juicio a que aluden las decisiones del Poder Judicial. No nos atrevemos a pensar que incluso en estos casos la posición del Tribunal Constitucional sea negativa, preferimos sostener que del estudio jurisprudencial efectuado sólo hemos logrado conocer en forma parcial la tesis de este órgano de control.

Por último conviene mencionar que el hecho que de las cinco sentencias del T.G.C., tres hayan declarado haber lugar al recurso de casación interpuesto, no significa que este organismo haya adoptado necesariamente la tesis permisiva.

4. CONCLUSIONES

4.1.) Del estudio jurisprudencial realizado sobre la actuación del Poder Judicial durante el período comprendido entre el 24.12.82 y el 30.04.84 se puede afirmar que:

- A. El 54.6% del total de autos resolutorios de acciones de amparo publicados se ha referido a este tipo de procesos interpuestos contra resoluciones judiciales, el 46.05% del mismo total fue dirigido contra sentencias.
- B. La utilización del amparo contra sentencias va aumentando progresivamente.
- C. La mayor parte de procesos cuyas resoluciones finales han sido materia de esta acción son las acciones de aviso de despedida y de desahucio.
- D. La gran mayoría de estas acciones de garantía es declarada improcedente, no habiéndose encontrado resolución alguna que declare fundado el amparo. Excepcionalmente se halló un habeas corpus que deja sin efecto no una sentencia pero sí el decreto de un Juez.
- E. Se ha estado utilizando muchas veces al amparo en forma equivocada e innecesaria desvirtuando la naturaleza de esta institución.
- F. El Poder Judicial durante este lapso no ha definido expresamente qué es un "procedimiento regular", implícitamente lo ha asumido como todo procedimiento seguido ante el órgano jurisdiccional en el que las partes han usado o han podido hacer uso de los recursos impugnativos que les franquea la ley.
- G. La posición del Poder Judicial respecto al problema del amparo contra sentencias impide la procedencia de la acción contra aquellas resoluciones dictadas dentro de un procedimiento pero la permite —por lo menos teóricamente— contra aquellas emitidas per se, sin la existencia de un proceso. Además precisa que dicha acción de garantía no es un medio de casación de las sentencias, no reconociendo al principio de la cosa juzgada excepción alguna.

4.2.) Del estudio de las sentencias del Tribunal de

Garantías Constitucionales efectuado durante el período comprendido entre el 01.12.82 y el 30.04.84, se extrae que:

- A. Solamente un número minoritario de sentencias —el 10.86% del total analizado— resuelven recursos de casación interpuestos contra resoluciones denegatorias de acciones de amparo instaurados contra resoluciones judiciales.
- B. Únicamente dos magistrados, Aguirre Roca y Silva Salgado, sostienen la tesis permisiva.
- C. El Tribunal en mayoría ha rescatado en una de sus sentencias el principio de la cosa juzgada no fiján-

dole expresamente excepción alguna, se ha precisado incluso que el artículo sexto, inciso segundo de la Ley 23506 recoge el principio mencionado. Este órgano no se ha pronunciado expresamente sobre la procedencia o improcedencia del amparo cuando la resolución judicial haya sido emitida sin la existencia de un proceso.

Esperamos que este trabajo haya cumplido con el objetivo que ambiciosamente nos trazamos desde sus primeras líneas y que de alguna manera, pese a sus limitaciones, colabore con uno de los grandes problemas del constitucionalismo: la defensa de la Constitución.

-
- (20) Adoptamos esta posición, es decir el “sentido lato” del vocablo Jurisprudencia y no el “sentido estricto” del mismo —sólo la constituyen los fallos de la Corte Suprema— debido a que el artículo 9 de la Ley 23506 y la Exposición de Motivos de la misma sólo se refieren a “resoluciones de habeas corpus y amparo”, no distinguiendo aquellas emanadas de la Suprema de las demás surgidas de otras instancias. Además porque el artículo 21 de la ley en estudio al indicar que el recurso de nulidad sólo procede contra la denegación del habeas corpus impide que en los casos de resolución favorable la Corte Suprema se pronuncie. Similar opinión mantiene Marcial Rubio cuando considera que “En esta particular institución. . . debe hacerse excepción al principio general de que sólo se toma como jurisprudencia en sentido estricto la que proviene de la máxima instancia” (Rubio: 1984 :182), aunque discrepamos del citado autor cuando afirma que “sólo existe recurso impugnatorio contra una sentencia que deniega el amparo al Habeas Corpus interpuesto. . . si la acción es amparada la resolución correspondiente queda firme en la instancia en que se haya producido” (Ibid), en principio pues no nos encontramos ante una sentencia sino ante un auto y en segundo lugar debido a que la ley sólo prohíbe en el supuesto del artículo 21 el recurso de nulidad más no el de apelación. Esta posición de Rubio fue ya adoptada en el artículo 23 del Proyecto Borea el cual no fue tomado en su totalidad por nuestra Ley vigente.
 - (21) Las resoluciones a las que se alude no indican de manera clara contra qué se interpusieron estas acciones de garantía.
 - (22) El criterio utilizado para la elaboración de este esquema es el de la fecha de publicación de la resolución en “El Peruano”.
 - (23) Pese a que en la Memoria del Presidente de la Corte Suprema, Guillermo Anchorena (Año Judicial, 1982), publicada el 21.01.83 se menciona un amparo resuelto en ese año, éste no figura publicado en el Diario Oficial lo que nos lleva a pensar o que no se publicó pues aún no estaba vigente la Ley que lo exigía o que se hizo caso omiso de esta obligación.
 - (24) En las resoluciones publicadas no se especifica si la acción resuelta se refiere a un juicio de desahucio, uno de aviso de despedida u otro sobre el que recaiga una orden de lanzamiento.
 - (25) No se aclara cuál es el proceso sobre el que ha recaído sentencia.
 - (26) Incluimos en ambos puntos el mismo procedimiento pues fue materia de una demanda en la que se acumuló una acción de rescisión de contrato y una reivindicatoria.
 - (27) Véase el voto de este magistrado en el Caso: Efraín Araoz C. publicado en “El Peruano” el 24 de mayo de 1983.
 - (28) “El Peruano” 15.11.83.
 - (29) Ver el comunicado del T.G.C. “El Peruano” 04.05.83.
 - (30) La primera sentencia del T.G.C. fue el Caso Efraín Araoz Córdova “El Peruano” 24.05.83.
 - (31) Cabe anotar que en relación a la sentencia publicada el 10.03.84 en “El Peruano”, la acción de garantía materia de la casación se trataba en realidad de un amparo y no de un habeas corpus como equivocadamente sostuvieron los accionantes.
 - (32) Pese a ello Corzo en su libro “El Tribunal de Garantías Constitucionales - Prontuario” ha definido el procedimiento regular como “. . . aquel en que se han observado estrictamente: 1.- los requisitos que debe contener una demanda; 2.- las excepciones dilatorias que son admisibles; 3.- la contestación de la demanda; 4.- la prueba; 5.- la observancia de los términos o los plazos, las resoluciones, decretos, autos, sentencias y la aplicación estricta de los preceptos legales contenidos en los códigos; 6.- el agotamiento total de las instancias. . .” (p. 27).

“El Poder Contralor”

Gustavo Villegas del Solar

Abogado Ex-Alumno de la
Facultad de Derecho PUCP

Gustavo Adolfo Olivares M.

Alumno del 8vo. Ciclo de la
Facultad de Derecho PUCP

Llama la atención de los juristas y estudiosos del Derecho que en las resoluciones emitidas en vía administrativa por el Contralor General de la República, no se contemple formalmente el Principio de la Doble Instancia, es decir, el principio de que todo procedimiento o proceso puede ser conocido y resuelto en dos niveles jerárquicos sucesivos, o cuando menos —excepcionalmente— por órganos equivalentes pero ficticiamente uno superior al otro.

Precisamente, el modesto propósito del presente artículo es pretender analizar por qué podría considerarse —en caso de serlo— a la persona del Contralor como un poder resolutorio único en vía administrativa y qué explicaciones jurídicas justificarían tales atributos. Sin embargo, para comprenderlo primero debemos recordar y tener claros algunos conceptos previos.

(I) REGIMEN JURIDICO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La actividad administrativa es muy compleja y variada. Muchas veces los actos y los hechos de la actividad administrativa suelen confundirse por la variedad de cometidos que la administración tiene a su cargo. Esos cometidos a su vez difieren entre sí en mayor o menor grado suponiendo una actividad muy diversa de parte de la Administración.

Esta complejidad de la actividad de la administración tiene como lógica consecuencia que el régimen jurídico de la actividad administrativa no sea uniforme, así tenemos que resulta justificable, por ejemplo, tener un régimen jurídico especial en materia tributaria o que la actividad administrativa en el ámbito laboral cuente con un régimen especial. Se debe significar que nos referimos con el término de “actividad administrativa” al hecho de la actividad del Estado a través del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, existe la actividad de control con características aparentemente administrativas, con un régimen jurídico especial, pero que no se incluye dentro de los sistemas administrativos.

(II) EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

En efecto, el control exteriormente se realiza en el campo administrativo y por ello podría suponerse que se trata de una actividad administrativa expresamente asignada a un organismo estatal.

Sin embargo, “remitiéndonos al origen de los sistemas, mientras los administrativos son parte del Poder Ejecutivo, con distinta jerarquía dentro del mismo y por lo tanto sirven de una u otra forma a satisfacer una necesidad colectiva, opuesto es el caso del control cuyo origen está dado en el Poder Legislativo quien delega en el Sistema Nacional de Control esta actividad” (1); es decir, el Sistema Nacional de Control no se incluye dentro de los sistemas administrativos aunque aparentemente tenga las mismas características.

Para comprender lo que es el Sistema Nacional de Control previamente debemos comprender que el sentido del quehacer Público se traduce básicamente en 3 Sistemas: de planificación de los objetivos de desarrollo del Estado, que corresponde al Sistema Nacional de Planificación; de ejecución de los objetivos de desarrollo trazados, que corresponde al Sistema Administrativo o Poder Ejecutivo; y de control de las acciones de ejecución, que corresponde al Sistema Nacional de Control.

El Sistema Nacional de Control cuenta con un ordenamiento jurídico propio, el D.L. No. 19039 que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reglamentada mediante D.S. No. 001-72-CG.

De acuerdo al Art. 2o. del citado ordenamiento

legal, se entiende por control al conjunto de procedimientos, medidas o métodos que se aplican por los diversos organismos o entes estatales para salvaguardar los recursos humanos, materiales y financieros, asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes, la obtención de los resultados de la gestión pública por parte de las entidades que integran el Sector Público Nacional, así como la utilización de los fondos públicos por parte de otras entidades, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En sentido lato, control no solamente es Rendición de Cuentas, sino que en su verdadera dimensión busca coadyuvar a la gestión administrativa elaborando pautas para entender y evaluar a toda la administración en funcionamiento de manera integral, comprendiendo además acciones de cautela previa y de verificación posterior de la correcta aplicación de tales recursos.

Y de acuerdo al Art. 1o. de su Reglamento, el Sistema Nacional de Control está constituido por los organismos, normas, métodos y procedimientos destinados al control de las entidades del Sector Público Nacional, de las entidades mixtas o asociadas y de las entidades privadas en que tenga participación el Estado o reciban fondos públicos, en cuanto a la utilización de los mismos.

La acción del Sistema Nacional de Control recae en los campos administrativo y financiero, alcanzando inclusive al personal que sirve en las mencionadas entidades, sea cual fuere el régimen al que se encuentre sometido.

(II.1) LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El D.L. No. 19039, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reconoce a la Contraloría General como la Entidad Superior de Control del Sector Público Nacional, estableciéndole además su organización, atribuciones y responsabilidades.

Dentro de la estructura de nuestro sistema normativo, la Contraloría General tiene como primera norma positiva la Constitución del Estado, que en su Artículo 146o. institucionaliza al Sistema Nacional de Control como responsable de una función especializada en la Administración del Estado y la define como el "Organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control".

Ahora bien, contrastando la propia definición constitucional con el Artículo 11o. del D.L. No. 19039, resulta que el primero se refiere a una autonomía general o autonomía en sentido amplio, en tanto que la segunda solamente le establece una autonomía funcional.

La razón de esa discordancia, la encontramos en que el D.L. No. 19039 es cronológicamente anterior a la Carta Magna, la misma que lejos de institucionalizar lo ya plasmado, le otorga al Sistema Nacional de Control no solamente una autonomía de tipo funcional, sino también económica y administrativa.

Entiéndase por autonomía a la facultad que posee un organismo para gobernarse a sí mismo y darse sus propias normas de administración. La autonomía es de tipo funcional cuando puede garantizarse a sí misma que sus decisiones no se encuentran sometidas a otra jurisdicción o que carezcan de fuerza o jerarquía necesarias respecto de los demás órganos y poderes

del Estado; es de tipo administrativo por la necesidad de adecuar su estructura orgánica a sus funciones eminentemente técnicas; es de tipo económico cuando tiene la potestad de elaborar su propio presupuesto elevándolo directamente al Poder Legislativo para su aprobación, lo que implica desligarlo del Poder Ejecutivo, su principal sujeto de control.

Autonomía entre otras cosas, implica también, la facultad de cumplir su objetivo sin mayor limitación que la establecida por la ley.

Cabe relevar que la definición de la Contraloría General como "Organismo" importa considerarla desde ya como lo es cualquier otro organismo autónomo sea el Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal de Garantías Constitucionales, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Concejo Nacional de la Magistratura o Instituto Peruano de Seguridad Social.

Respecto a su independencia, es evidente que la voluntad de los constituyentes ha sido la de dar a la Contraloría General una mayor seguridad en el ejercicio de sus funciones, impidiendo sea sometido a otro órgano, poderes o autoridad superior que tenga injerencia en su desempeño como tal. Básicamente, se busca su independencia del Poder Ejecutivo de quien depende la mayor parte de las entidades administrativas a que está facultada a fiscalizar.

Respecto a su ubicación en el Estado, es precisamente la autonomía en la fiscalización lo que obliga a enfocar a la Contraloría General de manera distinta a los demás órganos o Poderes del Estado, y especialmente del Ejecutivo, por dos razones fundamentales:

- 1) Por ser su principal objeto el control y
- 2) Por estar fuera de cualquier clasificación al interior de la administración Pública en tanto organismo del Poder Ejecutivo.

El objetivo de la Contraloría General puede apreciarse en la propia definición constitucional, entendiéndose por "supervigilancia" a la fiscalización del gasto público en sentido lato.

Mario Ubillus (2) precisa con claridad que su misión está orientada a cautelar que la gestión administrativa del Estado en su conjunto, guarde estrecha relación con sus fines y con las políticas generales correspondientes, es decir, que está fundamentalmente orientada a cautelar que no se den desviaciones en la Administración del Estado relacionadas con los objetivos que ella misma se ha trazado y que a su vez han sido debidamente priorizados por el Sistema Nacional de Planificación.

Por otro lado, permite la posibilidad de que las Empresas del Estado no sean sometidas solamente a un tipo de control burocrático, sino a un tipo de control especializado; por ejemplo, el control de la legalidad en sentido lato, se refiere a si los actos de la administración se ajustan a las disposiciones de la ley (3).

Como órgano del Sistema Nacional de Control la Contraloría General tiene jurisdicción y competencia propia. La función jurisdiccional se desenvuelve y realiza en el campo administrativo, y también comprende el comportamiento de los funcionarios y servidores responsables de la gestión de las entidades sujetas al control, teniendo en cuenta las funciones y labores de su competencia.

(II.2) EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control reconoce a la persona del Contralor General como el funcionario Superior de Control, determinando las facultades y funciones, considerando la naturaleza reservada de sus labores.

Algunos juristas han sostenido que el Contralor General viene a ser una especie de Supremo Fiscal del gasto público, lo cual resulta muy simple porque del propio texto constitucional se desprende que no solamente le corresponde supervigilar la ejecución presupuestal del Sector Público, sino que también le corresponde supervigilar las operaciones de la deuda pública, la gestión y utilización de los bienes y recursos públicos en general (4).

Respecto de la Constitución de 1933, la de 1979 introduce una sustancial variación: el Contralor General ya no es designado por el Presidente de la República sino que es designado por el Senado a propuesta del Presidente de la República, por el término de 7 años. En cuanto a su remoción, ésta sólo es posible por el Senado y por falta grave. Por ello, el Contralor General es independiente y no está subordinado a ningún Poder Público.

Entre las facultades más importantes que le asiste, se encuentra la de dictar las normas que considere necesarias cuando así lo exijan las necesidades técnicas propias de la actividad fiscalizadora, que escapa al conocimiento de otras esferas del gobierno y porque así lo exige el mejor resguardo de los intereses del Estado. La Potestad Reglamentaria es un atributo del Poder Ejecutivo, pero excepcionalmente la jefatura del Organismo Contralor puede promulgar su propia reglamentación.

De acuerdo con su Ley Orgánica, el Contralor General tiene como una de sus funciones el de dictar Resolución Definitiva en vía administrativa declarando la responsabilidad del servidor o servidores públicos en el caso en que subsistieren reparos del informe de Auditoría no absueltos en el Proceso de Determinación de Responsabilidades.

(II.3) EL PROCESO DE DETERMINACION DE RESPONSABILIDADES

Entre las características principales propias de este proceso tenemos que:

1. Es de competencia propia y exclusiva de la Contraloría General como Organismo Superior de Control.
2. Es promovido de oficio como consecuencia de las Auditorías y Exámenes Especiales practicados por aquella.
3. Se encuentran comprendidos cualquiera de los servidores de las entidades sujetas a control.
4. Los hechos que hayan sido materia de denuncia ante el Poder Judicial, durante la ejecución de la acción de control, no formarán parte del proceso.
5. Se tendrá por agotada la vía administrativa cuando

el Contralor General emita Resolución Definitiva quedando ésta consentida; o haya sido resuelta la reconsideración planteada de oficio o a petición de parte.

Como en todo proceso, el de Determinación de Responsabilidades utiliza el término propio de "rindente" para calificar a los servidores de las entidades sujetas a control y que a su vez se encuentren comprendidos en aquel. No significa de modo alguno su responsabilidad en sí o suponer que ya lo sea (5).

Para efectos del presente trabajo, no vamos a entrar al análisis del Proceso de Determinación de Responsabilidades, lo cual podrá ser materia de un mejor y exhaustivo estudio, indicando que solamente nos limitaremos a señalar lo que interesa al objeto de este artículo, es decir, si existe o no la doble instancia administrativa.

Este proceso se rige por el Reglamento de Procedimientos aprobado por Resolución de Contralor No. 927-72-CGR de 29 de diciembre de 1972; y se distinguen claramente 3 etapas:

- 1) Sustanciación del Proceso —Aprobado el Proyecto del Pliego de Reparos que le fuera elevado conjuntamente con el informe de auditoría practicado, el Contralor General dicta el proveído de Apertura del Proceso, disponiendo que los rindentes sean notificados de acuerdo a ley al efecto de que absuelvan el Pliego de Reparos.

Este procedimiento de sustanciación está a cargo de una Comisión de Sustanciación designada por Resolución del Contralor General y se encarga de estudiar los descargos presentados por los rindentes confrontándolas con los cargos formulados.

Concluida su labor emitirá un informe analítico de los cargos y descargos; sus conclusiones contendrán un juicio calificando la naturaleza de la responsabilidad de los rindentes que en cada caso deberán responder de los mismos. También elaborarán un Proyecto de Resolución Definitiva en base a dicho informe.

Posteriormente, el informe y el Proyecto de Resolución Definitiva son elevados al Contralor General previa revisión y conformidad del Director Técnico de Control respectivo. El Contralor General podrá disponer que el Proyecto sea estudiado por su Asesoría Técnica.

En esta etapa se agota el análisis técnico y jurídico de los cargos y absoluciones materia del proceso.

- 2) Resolución Definitiva del Contralor General.— Se tiene por aprobado el Proyecto de Resolución Definitiva cuando el Contralor autoriza la Resolución con su sello y firma seguido de los miembros de la Comisión. Notificada la Resolución a los rindentes, éstos cuentan con 5 días más el término de la distancia para interponer recurso impugnativo de reconsideración ante el Contralor General. Dicho recurso puede operar también de oficio y su interposición debe sustentarse necesariamente con pruebas que contribuyan a variar total o parcialmente la responsabilidad declarada en la Resolución. La reconsideración no tiene el carácter de dilatoria porque existe el término perentorio de 4 meses para la tramitación de la etapa de sustanciación conjuntamente con la Resolución Definitiva del Contralor General, salvo algunas excepciones. Interpuesto el recurso de reconsideración, el Con-

tralor General nombra nuevamente una Comisión encargada de sustanciar el recurso interpuesto, la misma que estará integrada por personal de mayor jerarquía y que a su vez no hayan formado parte de la Comisión de Auditoría que originó el Proceso ni de la Comisión Sustanciadora que elaboró el Proyecto de Resolución Definitiva, garantizándose con ello la imparcialidad en la revisión de los actuados.

A mérito de la evaluación de la nueva Comisión, el Contralor General emite una nueva Resolución reconsiderando —si fuera pertinente— los puntos que deben ser materia de modificación o de anulación.

Emitida y consentida la Resolución Definitiva de Reconsideración, es notificada a los rindentes a fin de que tomen conocimiento del resultado final de la evaluación, no procediendo recurso alguno que impugne dicha Resolución en la vía administrativa de conformidad a lo establecido tanto en su Ley Orgánica como en su Reglamento.

- 3) Ejecución de la Resolución.— Una vez consentida por transcurrir el plazo sin que se presente recurso de reconsideración o por haberse agotado la vía administrativa, ingresa a la etapa de ejecución que comprende la notificación observando las formalidades prescritas y la publicación si fuera el caso. Agotada la vía administrativa, el ridente podrá iniciar procedimiento de contradicción de Resolución ante la Corte Suprema de Justicia, previo cumplimiento de determinados requisitos.

(III) LA DOBLE INSTANCIA O INSTANCIA PLURAL

Este principio se encuentra consagrado en el inc. 18 del art. 233 de la Constitución, como una de las garantías de la administración de justicia; siendo su rango constitucional, es de aplicación imperativa para el Poder Judicial, único Poder del Estado facultado para administrar justicia.

La doble instancia busca que todo fallo o decisión judicial sea susceptible de revisión, cuando menos en un nivel adicional, lo cual parece prudente.

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto, debe significarse que el Proceso de Determinación de Responsabilidades es sui géneris, por la naturaleza propia de la labor contralora y por el objeto mismo de su actividad fiscalizadora, lo que implica pues, que la Contraloría General tenga jurisdicción y competencia propia, que se realiza básicamente en el ámbito delimitado por su Ley Orgánica.

Por otro lado, debe relevarse el hecho de que en la etapa de sustanciación del proceso, sea una nueva Comisión Técnica la que estudie e investigue los descargos presentados por el ridente; y que presentado el recurso impugnativo de reconsideración por el ridente, o que proceda de oficio, sea una nueva Comisión Técnica especializada la que investigue los nuevos descargos.

Es por este hecho que se puede afirmar que materialmente sí se produce la doble instancia en la revisión de los actuados, por cuanto son miembros distintos los que integran ambas comisiones; y además, se requiere que los integrantes de la nueva Comisión —personal de mayor jerarquía— a su vez no haya participado como miembro en la Comisión de Auditoría que originó el proceso ni en la Comisión Sustanciadora que elaboró el Proyecto de Resolución Definitiva; elemento adicional en la objetividad de este segundo análisis.

Asimismo, considerando la complejidad técnica de la materia objeto de control, formalmente se garantiza mayor imparcialidad en la actuación del proceso.

Sin embargo, el hecho de que sea el Contralor General quien expida tanto la Resolución Definitiva como la Resolución Definitiva de Reconsideración, importa —en consecuencia— considerar que formalmente no se produce la instancia plural.

En efecto, la doctrina acepta que se produce la instancia plural cuando la revisión de los actuados es conocida y resuelta cuando menos en dos niveles sucesivos, uno jerárquicamente superior al otro; o equivalente cuando menos, pero ficticiamente uno superior al otro.

Empero, a pesar que la instancia plural es un principio que rige imperativamente en la administración de justicia, nada obsta para que inclusive en los procedimientos o procesos administrativos, ésta pueda ser considerada, por cuanto, rige a la actividad administrativa el principio de la legalidad, es decir, el de "sujeción de los órganos u organismos, investidos de facultades para su ejercicio, al conjunto de normas superiores formalmente reconocidas en el ordenamiento jurídico" (6).

En consecuencia, y dado que se encuentra garantizada la imparcialidad y objetividad en la revisión de la materia del proceso, sólo quedará un adecuamiento formal del Proceso de Determinación de Responsabilidades al principio de la doble instancia, significándose un avance en materia procesal administrativa.

- (1) Villegas Gustavo, Ansola Gonzalo. "Control Gubernamental". Tesis de Derecho. Lima, 1982. p. 109.
- (2) Ubillus Martino, Mario. "Organización del Sistema Nacional de Control". Misión, finalidad y funciones de sus órganos conformantes. p. 15.
- (3) Silva Cimma, Enrique. "El Control Público". Ediciones de la Contraloría General de la República. Venezuela, 1976, p. 57.
- (4) Rubio, Marcial, Bernal, Enrique. "Constitución y Sociedad Política". Mesa Redonda Editores, Lima, 1983. p. 38.
- (5) Guzman Rodríguez, Jorge. "Escribir un artículo. . . conversando". Revista Perú Control No. 16.
- (6) Gómez Mejía, Guillermo. "Los recursos administrativos". Editorial Kelly, Bogotá, 1976.

“Los votos en Blanco y Viciados en un Régimen Electoral de voto obligatorio”

Beatriz Boza Dibos

Alumna del Sexto Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP, Miembro del Comité de Redacción de *Thémis*.

“Quien calla no otorga ni niega”, este conocido aforismo jurídico plasma una regla de Derecho Privado, en virtud de la cual, el silencio en principio no importa una manifestación de voluntad. Asimismo, en el campo civil se sostiene que el acto jurídico viciado nunca nació al mundo del Derecho. Frente a estas dos normas surge la pregunta en torno a la validez de los sufragios en blanco y viciados, motivo por el cual nos abocamos a profundizar acerca de la naturaleza jurídica de los mismos, a fin de concluir, en esa medida, estableciendo si deben computarse en la totalidad de sufragios, o si por el contrario, deben mantenerse al margen del cómputo del resultado electoral.

El tema es de suma trascendencia política, especialmente en países como el nuestro, donde el voto es obligatorio; empero, también es de relevancia jurídica. No se trata de establecer la primacía de la Política sobre el Derecho ni viceversa, sino de reconocer y respetar el ámbito de libertad del ciudadano.

1. Elecciones, voluntad popular y legitimidad

La democracia se caracteriza porque el poder del Estado emana del pueblo, el mismo que manifiesta su voluntad eligiendo periódicamente a sus representantes. La voluntad popular legitima la elección del Presidente y de cada uno de los Parlamentarios.

En el Estado democrático a falta de consenso decide la mayoría, es decir, el gobierno elegido debe contar con el respaldo de la mayoría legítima. La importancia de esta afirmación se pone de manifiesto al constatar las casi omnímodas atribuciones que la Constitución de 1979 concede al Presidente de la República como Jefe Supremo y máxima autoridad política de la Nación.

Es evidente que un gobierno elegido por el 20% del Cuerpo Electoral —cuando el 80% votó en blanco— no cuenta con el apoyo mayoritario de la ciudadanía; en vista de lo cual no representa la voluntad popular y su legitimidad es cuestionable.

2. Deber Constitucional

La Constitución establece en su artículo 65 (1) la obligación ciudadana de sufragar. Es importante remarcar la obligatoriedad del voto, ya que este deber caracteriza el sistema electoral peruano, diferenciándolo sustancialmente de la mayoría de regímenes electorales extranjeros. No puede pues, aplicarse a raja tablas, como veremos más adelante, la lógica del sistema francés, alemán o inglés, sino un razonamiento propio.

Obviamente, la razón de este deber no es darle al individuo la posibilidad de votar, ya que en ese caso la Carta Magna le hubiese concedido el derecho suprimiendo la obligatoriedad del voto. La “ratio legis” de esta norma es legitimar la elección, hacer que la voluntad popular —y no solamente la de aquellos que por interés, cultura u otros motivos votan— decida el destino del país.

Este deber constitucional no puede coactar la libertad de la persona consagrada en el Art. 2o. de la Constitución. Lo que exige la Constitución es que el ciudadano cumpla con los requisitos legales del sufragio, no que vote en un sentido determinado; esto último queda librado al arbitrio del ciudadano quien de acuerdo a su conciencia y convicción política elegirá la alternativa que le parezca más conveniente.

3. Objeto del acto de la votación y manifestación de voluntad.

El objeto del acto jurídico de la votación no es aquel de un referendium, ni averiguar qué piensan los electores, sino elegir, esto es, optar por una de las diferentes alternativas que se ofrecen. Una de estas alternativas es la negación de todos los candidatos, es decir, votar por ningún candidato propuesto. Tan es una alternativa “la elección de nadie”, que la Constitución prevé la denominada “segunda vuelta”.

Al votar, el ciudadano exterioriza su voluntad; la manifiesta votando por un determinado candidato,

viciando su voto o dejándolo en blanco. Analicemos en detalle cada una de estas posibilidades:

a) El voto favorable

Cuando el ciudadano opta por un candidato propuesto, emite un voto favorable, es decir, delega su preferencia a un determinado candidato, debiendo computarse ese voto en favor de ese candidato.

b) El voto blanco o en blanco

A su turno, el voto en blanco es aquel en el cual el elector no ha preferido a ningún candidato. No por esto el voto deja de tener significado. De ninguna manera. El elector opta por rechazar las fórmulas propuestas, manifiesta su no conformidad con los candidatos. Hay una voluntad que se exterioriza en señal de protesta o desacuerdo. Significa que ninguno de los candidatos satisfacen las pretensiones del elector.

Dada la obligatoriedad del voto no se puede presumir, como sucede en otros países, que se pretende a votar sólo aquél que tiene alguna preferencia, sino que todos los ciudadanos tienen que votar. Por lo tanto, el ciudadano puede cumplir su obligación dejando en blanco la cédula de sufragio manifestando en esa medida su voluntad política. ¿No tenemos acaso el derecho a votar en blanco? La Constitución consagra este derecho. Tan lo reconoce que según su Art. 290 (2), inciso primero, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) debe declarar la nulidad del proceso electoral nacional si "dos terceras partes de los sufragios emitidos son nulos o en blanco". Si el voto en blanco es válido para anular las elecciones, también lo debe ser para elegir, porque el votar en blanco es una forma de participar en la elección. Si esto no fuese así, se estaría coactando la libertad del individuo de protestar, de demostrar su disconformidad. ¿Por qué motivo habría de desconocerse esta voluntad clara y precisa de rechazo a las fórmulas propuestas? El ciudadano que vota en blanco manifiesta su voluntad, exterioriza su protesta, participa en la elección, sólo que sin apoyar una fórmula determinada. Esta persona tan es consciente de la importancia del proceso electoral que participa oponiéndose. No ocurre lo mismo con quien se queda en su casa sin asistir a las urnas. ¿Puede acaso el Derecho mantenerse ajeno a esta situación y medir con la misma vara al que emite un voto en blanco y al que se abstiene de votar, es decir aquél que no concurre al acto electoral? Evidentemente que no.

c) El voto viciado

Las disposiciones legales que regulan una elección contemplan el caso de los votos viciados. En nuestro medio, se considera voto viciado la cédula que contenga la firma del elector o alguna inscripción; asimismo, si el elector marca más símbolos de los permitidos, o si por cualquier otro motivo establecido en la Ley, no se pudiese reconocer indubitablemente a qué candidato quiso beneficiar, estaremos frente a un caso de voto viciado que no bonificará a un candidato determinado.

Ahora bien, el voto pudo haber sido viciado por error o deliberadamente. Es obvio que si el elector escribe en la cédula con letras mayúsculas el nombre de "Cantinflas" no incurre en error sino que

manifiesta expresamente su disconformidad frente a las fórmulas propuestas. En cambio, si la cédula tiene más cruces de las permitidas, escapa al criterio del Jurado apreciar si fue viciada por error o deliberadamente.

En caso de duda ¿qué debe hacer el Legislador? Sería ilógico sostener que estos votos debiesen computarse a favor de un candidato determinado, toda vez que no se tiene la certeza acerca del candidato al cual quiso beneficiar el elector. La solución a este dilema queda librada a la decisión del legislador; éste podrá optar —como el Legislador peruano— por darle a los votos viciados el mismo tratamiento jurídico que a los votos en blanco, o establecer una regulación distinta.

A nuestro entender no está en tela de juicio si el voto viciado se computa a favor de algún candidato, sino más bien, determinar si se contabilizan en la totalidad de sufragios emitidos; en otros términos, determinar si estos votos contienen una expresión de voluntad que debe ser tutelada por el Derecho. En este orden de ideas es conveniente señalar que tanto en el caso del error como en el del vicio deliberado existe una voluntad que se manifiesta, una voluntad del ciudadano que cumplió con su deber constitucional. Su voto no beneficiará a un candidato, simplemente no se imputará a nadie, pero ese voto nació a la luz del Derecho, ese voto constituye una expresión válida de voluntad, ese voto fue emitido y por tanto debe ser considerado en la totalidad de sufragios.

4. La validez en la emisión del voto

Hemos visto que el elector en la cámara secreta puede marcar la contraseña del candidato de su preferencia, viciar la cédula o dejarla en blanco. En cualquiera de estas hipótesis, la cédula conteniendo la voluntad del elector constituye un voto. Ahora bien, para que este voto —favorable, viciado o en blanco— tenga efectos jurídicos, debe ser emitido reuniendo todos los requisitos de Ley; esto es, debe ser válidamente emitido. Sólo así configurará un acto jurídico.

La calificación "válidamente emitido" no sólo implica la mecánica del acto, esto es que la cédula haya sido introducida físicamente en el ánfora de la manera correcta, sino que el acto debe ser válido. A este efecto el acto debe ser celebrado por persona con capacidad ciudadana, debe contener una manifestación de voluntad y observar la forma prescrita, cual es, utilizar la cédula de sufragio, la misma que debe estar sellada y engomada de acuerdo a ley, etc.

Son **votos inválidamente emitidos** aquellos que no se ajustan a lo establecido, a saber: el voto impugnado y anulado por razón de identidad (por ejemplo, porque la Libreta Electoral era falsificada), o cuando el JNE encuentra en el ánfora una cédula de más, ese voto fue inválidamente emitido; o si la mesa no se constituyó de acuerdo a ley, a pesar que los sufragantes votaron, lo hicieron inválidamente, por eso se anula toda la votación de esa mesa. Estos votos, como es lógico, no se computan porque no fueron emitidos de acuerdo a ley, ergo no surten efectos jurídicos.

Un acto que no surte efectos jurídicos por adolecer de algún defecto consustancial es nulo. De allí que los votos inválidamente emitidos sean conside-

rados a la luz de Derecho como **votos nulos**.

El uso generalizado del término "voto nulo" en vez de "viciado" trae a confusión, por eso es conveniente distinguirlos. Los votos nulos, como bien se ha dicho, son aquellos que no reúnen los requisitos legales necesarios para surtir efectos jurídicos, es decir, aquellos inválidamente emitidos. Estamos, pues, frente a un caso de voto nulo cuando el preso que se escapa de la cárcel asiste a las elecciones y vota; este voto es nulo porque su titular estaba interdicto. En cambio los votos viciados, como se ha expuesto en el punto anterior, son aquellos votos que no se asignan a un candidato determinado por no ser posible reconocer de manera inequívoca a qué candidato quiso beneficiar el elector con su voto. Mientras que el voto viciado tiene valor si fue emitido de acuerdo a ley, sólo que no se computa a favor de un candidato, el voto nulo carece de valor por ser inválidamente emitido. El texto constitucional también incurre en este error, más bien por tradición que por "convicción", pues es evidente que al hablar de "votos blancos y nulos" se refiere a los viciados y no a los nulos en el sentido de la distinción que acabamos de hacer.

Vemos pues como la emisión del sufragio no necesariamente implica la validez del mismo. Una cosa es el voto como instrumento conteniendo la voluntad del elector y otra, el voto válidamente emitido. De allí que se hable de "voto impugnado" o "voto supernumerado"; éstos se consideran votos y pueden ser emitidos, es decir, introducidos en el ánfora, pero lo habrán sido inválidamente por lo que no surtirán efectos jurídicos.

La expresión "válidamente emitido" se refiere al acto del sufragio, mientras que la calificación "en blanco", "viciado" o "favorable" se refiere a la calidad del voto. El "voto válidamente emitido" es tal independientemente de que sea "voto favorable". Es el caso, que con frecuencia se ha solido llamar a los votos favorables también como "**votos válidos**"; calificación que podría inducir a error al considerar que sólo los votos favorables configuran actos jurídicos válidos. De esta confusión hay quienes han deducido que los votos blancos y viciados por definición no generan efectos jurídicos; conclusión que como hemos visto carece de veracidad. En todo caso, bajo el término "voto válido" se entiende aquel voto que se computa a favor de un candidato determinado.

No debe pues confundirse los términos "voto favorable" y "voto válidamente emitido", pues como se ha expresado, ambas denominaciones encierran conceptos diferentes. Cada una de estas figuras acarrea efectos jurídicos distintos. Mientras que el efecto de los votos válidamente emitidos es determinar el universo sobre el cual se hará el cómputo, esto es determinar la totalidad de sufragios, el efecto del voto favorable es ser computado en favor de un determinado candidato.

5. Los votos en blanco y viciados, válidamente emitidos, se computan en la totalidad de sufragios.

Así lo entendió el Legislador del '79 al establecer en el artículo 203 de la Constitución (3) que más de la mitad de los votos válidamente emitidos eligen al Presidente de la República.

a) Los analfabetos y el derecho al voto

El legislador del siglo pasado también tuvo presente esta problemática. El doctor Villarán (4), renombrado jurisconsulto del medio, consideraba que si el legislador otorgaba a los analfabetos el Derecho a participar en las elecciones, estos votos debían computarse en la totalidad de sufragios. Con el objeto de precisar el sentido de esta afirmación desarrollamos la idea más en detalle.

El sistema electoral vigente a mediados del siglo XIX establecía que el ciudadano tenía el derecho mas no el deber de votar. Ahora bien, en ese contexto se discutió si debía o no concederse el voto a los analfabetos. El doctor Villarán sostenía que "la calidad de saber leer y escribir eran requisitos justos, y los menos que pueden exigirse para el ejercicio del sufragio" porque el que "no sabe leer ni escribir no puede tener ni el más ínfimo grado de cultura política".

El mencionado constitucionalista asimilaba el voto del analfabeto al del niño, al del fátuo, del criminal y del vicioso calificado. Sostenía que debía excluirse al que por ignorancia haría un uso dañoso del voto, viciando así el proceso electoral. El citado autor consideraba pues que los votos de los analfabetos, presumiblemente viciados en su mayoría, debían integrar el universo de sufragios; de otro modo no se entiende cómo, a juicio del doctor Villarán, estos votos podían dañar un proceso electoral basado en la libertad de sufragar.

Aplicando este razonamiento a nuestro caso, donde el voto es obligatorio, y más aún, considerando que el Legislador del '79 ha reconocido a los analfabetos el derecho a votar no existe fundamento alguno para excluir los votos viciados de la totalidad de sufragios.

Resultaría tautológico que el Legislador, consciente que los analfabetos —como diría el doctor Villarán— (5) "no saben votar", les hubiese concedido el derecho a hacerlo, sabiendo que presumiblemente un número considerable resultaría viciado, por lo que no los consideraría en el cómputo final. Un planteamiento así resultaría ilógico. Podemos pues concluir que el Legislador incluye estos votos en la totalidad de sufragios.

b) La mayoría absoluta

Cabe señalar que la Asamblea Constituyente deliberó y optó por introducir a nuestra legislación la fórmula de la "mayoría absoluta", modificando de esa manera sustancialmente el principio en virtud del cual el Presidente era elegido por el tercio de los "votos válidos". La mayoría absoluta se calcula en base a los votos válidamente emitidos y su finalidad consiste en que el Presidente sea elegido por la mayoría legítima del electorado y no por una minoría que pudiese significar que las otras dos terceras partes del Cuerpo Electoral estuviesen en su contra.

A esta altura es conveniente demostrar que el Legislador computa los votos en blanco y viciados en la totalidad de sufragios, esto es, los considera válidamente emitidos. Con tal propósito aplicaremos sucesivamente los diversos métodos de interpretación jurídica a fin de establecer el sentido y verdadero alcance de los preceptos constitucionales.

1) Interpretación literal

Como se ha demostrado líneas arriba, tanto el voto en blanco como el viciado reciben la calificación de "voto". En la hipótesis de reunir los requisitos establecidos por la ley para una emisión válida del voto, estaremos frente a votos válidamente emitidos. Si bien una interpretación literal o gramatical abunda en favor de nuestra tesis, reconocemos que no le aporta solidez, por lo que es menester recurrir a los demás métodos de interpretación conocidos en Derecho.

2) Interpretación histórica

La historia confirma la validez de los votos en blanco y viciados para el cómputo del sufragio total. El Legislador peruano desde los inicios de nuestra vida republicana dispuso que la pluralidad absoluta se determinaba sobre el número de ciudadanos que sufragaron, esto es, incluyendo a los que viciaran la cédula o la dejaran en blanco.

Con el objeto de no explayarnos demasiado en este punto, toda vez que la interpretación histórica demuestra el sentido de la legislación anterior mas no el significado y alcance de la norma en cuestión, nos remitimos a la minuciosa enumeración hecha por el doctor Silva Salgado, Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, en la fundamentación de su voto recaído en el proceso de inconstitucionalidad del primer párrafo del Art. 6o. de la Ley 23903 publicado en el diario "El Peruano" el 10 de marzo de 1985, en el que demuestra cómo el Legislador a lo largo de la historia dió un valor a los votos blancos y viciados computándolos en la totalidad de sufragios.

La Constitución de 1933, al establecer que el Presidente era elegido por el tercio de los "votos válidos", modificó sustancialmente el régimen electoral existente. A su turno, el Constituyente del '79 retomó la fórmula de la mayoría absoluta.

3) Interpretación sistemática

Este método de interpretación parte de la ubicación de la norma en el ordenamiento jurídico, es decir, busca fijar los alcances del precepto desde su contexto, considerando que éste constituye un sistema de elementos coordinados entre sí.

En este sentido, el Art. 290o. de la Constitución, referido a la nulidad del proceso electoral, se relaciona íntimamente con el Art. 203o. en cuestión, que norma la elección del Presidente de la República. El precisado Art. 290o. prescribe en su inciso segundo que el JNE declarará la nulidad del proceso electoral a nivel nacional "cuando se anulan los procesos electorales de una o más circunscripciones que en conjunto representan el tercio de la votación nacional válida". ¿Por qué motivos se anulan las elecciones de una determinada circunscripción? Según el Art. 292o. (6), esto puede deberse ya sea a graves irregularidades en el proceso electoral, o

"cuando dos terceras partes de los votos emitidos son nulos o en blanco". Vemos pues que los votos viciados y en blanco se computan para anular el proceso electoral a nivel de circunscripciones, y que la nulidad de éstas a su turno puede acarrear la nulidad de la elección nacional. Resulta luego evidente que dentro de la "votación nacional válida" se computen los votos viciados y en blanco; dicho en otros términos: por votos válidamente emitidos entiende el Legislador, la totalidad de los sufragios computados incluyendo los que resultasen viciados o en blanco.

4) Interpretación auténtica

Esta es la que hace el propio Legislador; tiene pues, desde el punto de vista del Derecho Positivo más valor y eficacia que los métodos de interpretación utilizados líneas arriba.

El Art. 6o. de la Ley No. 23903 (7), del 24 de agosto de 1984, que aclara los alcances del precitado Art. 203o. de la Constitución, establece en su primera parte explícitamente que los votos viciados y en blanco se incluyen en la totalidad de sufragios.

Cabe señalar que la mencionada Ley 23903 fue tildada de inconstitucional por un grupo de parlamentarios, procedimiento que concluyó durante la efervescencia de las campañas electorales de las elecciones del 14 de abril último con el controvertido fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales de fecha 19 de febrero de 1985, desestimando la acción incoada. Los vocales del máximo Tribunal fallaron con tres votos para que se declare fundada en todas sus partes, tres votos para que se declare infundada en todas sus partes y dos votos para que se declare fundada en parte la acción interpuesta. No habiéndose obtenido el mínimo de seis votos conformes requeridos, de acuerdo con el Art. 8o. de la Ley Orgánica del Tribunal No. 23385, para declarar la inconstitucionalidad de una ley, ésta conserva pleno valor, vigencia y eficacia.

5) Interpretación Teleológica

Como si los argumentos expuestos no fuesen lo suficientemente convincentes, aplicaremos la interpretación teleológica, que como toda interpretación científica parte de un análisis objetivo desligado de toda opinión personal, a fin de develar en esa medida la razón de ser y finalidad de la norma. En este sentido la interpretación teleológica adquiere importancia toda vez que la voluntad de la ley —y no la del Legislador— es la determinante. A lo largo de esta exposición hemos recurrido repetidas veces a la finalidad o "ratio legis" de la norma, por ser el procedimiento lógico más apropiado para determinar el verdadero sentido y alcance de un precepto.

Los votos en blanco y viciados deben computarse no sólo para anular el proceso electoral sino para elegir una determinada alternativa. Al considerárseles para anular las elecciones se está reconociendo expresa y explícitamente que fueron válidamente emitidos, que constituyen

una manifestación de voluntad, que nadie alcanzó la mayoría absoluta o 51% y que se toma en cuenta la opinión de la mayoría legítima.

A fin de graficar lo expuesto desarrollaremos el siguiente ejemplo: 25% del electorado vota en blanco, 45% por el candidato X y 30% por Z, ¿Logró alguno la mayoría absoluta? Evidentemente que no, porque ésta requiere del 51% de los sufragios emitidos. Los votos en blanco y viciados no pueden ser excluidos de la totalidad de sufragios, debiendo computárseles dentro de los votos válidamente emitidos. De no ser así, se estaría permitiendo el triunfo de quien carece de la mayoría legítima. Se darían absurdos como el caso en que 99% votase en blanco y 1% emitiera un voto válido, éste uno resultaría eligiendo al Jefe de Estado. La Constitución establece márgenes para que no ocurra un absurdo de esta naturaleza, límites a fin de lograr que se constituya un gobierno legítimo, como por ejemplo la nulidad de las elecciones si dos terceras partes de los sufragios son "nulos o en blanco" (Art. 290o. Inciso 1o. de la Constitución). Este límite responde a fundamentos distintos de aquellos en que se basa la tesis de considerar como válidamente emitidos únicamente a los votos válidos. La razón de ser de este límite establecido por la Constitución es garantizar la legitimidad, representatividad y funcionalidad del gobierno.

Cabe señalar que el Legislador toma en cuenta los votos blancos y viciados en todo momento. Es erróneo sostener que el Legislador considere estos votos sólo en función de anular el proceso electoral, mas no así, en caso de no alcanzarse los márgenes o límites establecidos por la Constitución. Una afirmación de esta naturaleza desconoce el principio jurídico por el cual no se puede distinguir donde la Ley no lo hace. ¿A título de qué, de pronto, en el acto del escrutinio los votos blancos y viciados súbitamente adquirirían validez jurídica una vez alcanzado los márgenes constitucionales? No encontramos asidero legal a esta posición.

Según la tesis de los "votos válidos" (esto es, aquella que considera válidamente emitidos únicamente a los votos válidos) siempre resultaría decidiendo por la mayoría del electorado, la minoría; es decir aunque los votos en blanco fuesen un 30%, 20% o 10% el principio en que se basa esta tesis es que la "minoría calificada" decida.

Es importante señalar que quien vota en blanco no pretende beneficiar a un candidato, sino rechazar las fórmulas propuestas. En la hipótesis de excluir los votos en blanco y viciados de los válidamente emitidos, los primeros estarían favoreciendo cualquier minoría, cosa que no se adecúa con la voluntad clara y determinada del elector.

Todo el que vota participa en la elección y cumple con el deber que le impone la Constitución. Tanto el que vota en blanco como el que vicia su voto u opta por un candidato participa en la designación del Presidente y de los Parlamentarios. Si no fuese así, quien elige al candidato

perdedor tampoco estaría participando en la elección, cosa que es negada aún por los detractores de nuestra tesis.

6. Conclusión

El sistema legal peruano consagra el régimen electoral de voto obligatorio, de allí que el ciudadano por mandato constitucional se vea obligado a votar bajo pena de sanción.

Al momento de sufragar, el ciudadano exterioriza su voluntad votando por un candidato determinado, viciando la cédula o dejándola en blanco.

a) Clasificación en cuanto a la calidad del voto:

1) Voto favorable:

- Cuando el elector vota por un candidato determinado.

2) Voto en blanco:

- El que asiste a las urnas y vota en blanco lo hace por rechazo a los candidatos propuestos.
- Un porcentaje determinado de votos en blanco anula la elección, de donde se desprende que los votos en blanco también sean válidos para elegir.
- Votar en blanco es un derecho constitucional.

3) Voto viciado:

- El que deliberadamente o por error hace inscripciones en la cédula o marca más símbolos de los permitidos, cumple con su deber constitucional de votar.
- Este voto contiene la voluntad del elector; sin embargo, no siendo posible reconocer a qué candidato quiso beneficiar, su voto no bonificará a ningún candidato en especial.
- El legislador peruano ha optado por darle a los votos viciados el mismo tratamiento jurídico que a los votos en blanco.

b) Clasificación en cuanto al acto de sufragio:

1) Voto válidamente emitido:

- La expresión "válidamente emitido" se refiere al acto de sufragio, mientras que las denominaciones "favorable", "en blanco" o "viciado" se refieren a la calidad del voto.
- El voto, sea favorable, viciado o en blanco, para tener efectos jurídicos debe ser válidamente emitido.

2) Voto inválidamente emitido:

- Todo voto que adolezca de alguna causal de nulidad (ejemplo: agente incapaz) es inválidamente emitido sea cual fuere su calidad.
- El voto inválidamente emitido es nulo.
- No debe confundirse "voto nulo" con "voto viciado", ya que incluso el voto favorable emitido por un preso o un menor es nulo.

En consecuencia, el efecto de los votos válidamente emitidos es determinar el universo sobre el cual se hará el cómputo final.

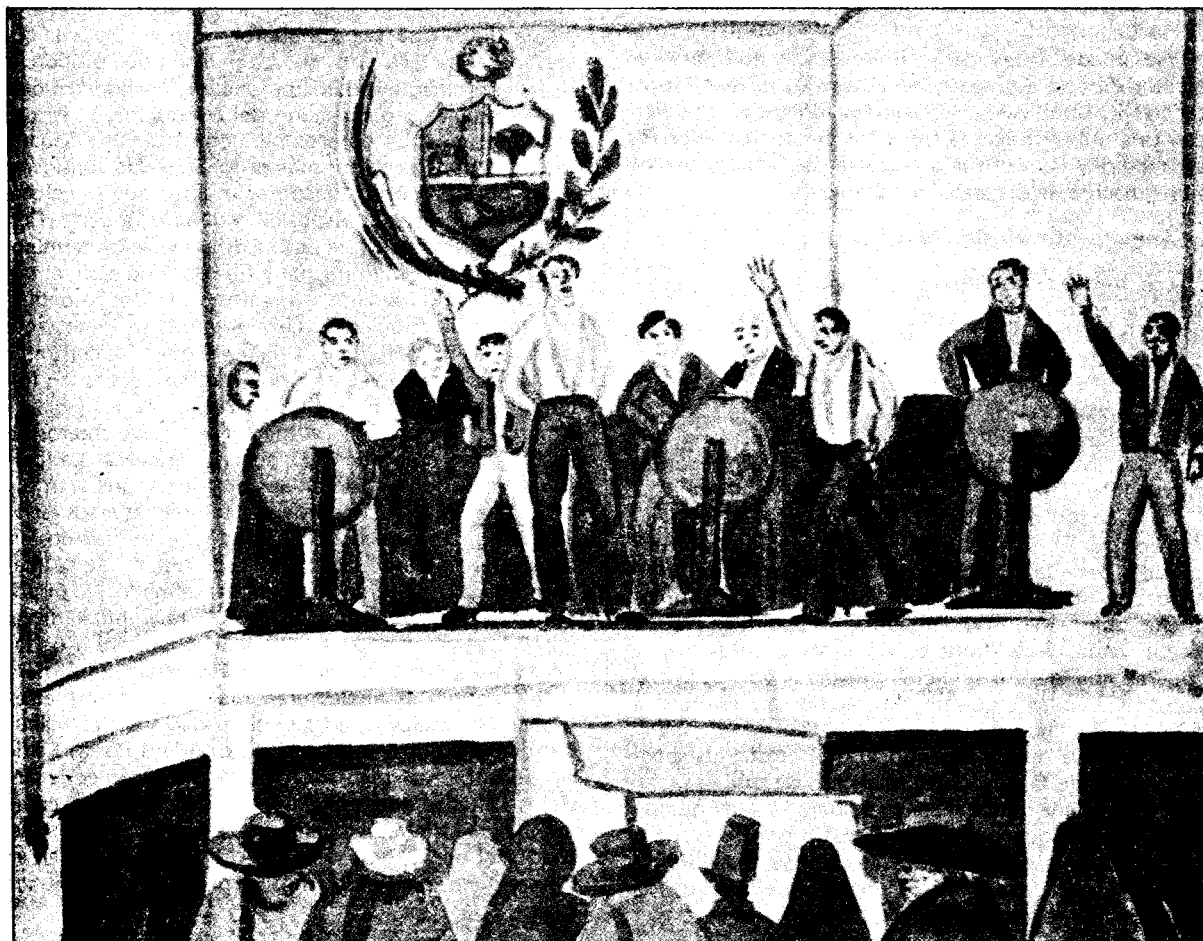
La mayoría absoluta se calcula en base a los votos válidamente emitidos y su finalidad consiste en legitimar la elección.

De no computar los votos en blanco y viciados en la totalidad de sufragios, una minoría resultaría eligiendo al Jefe de Estado.

Podemos pues concluir acertadamente, que la

Constitución Política del Perú consagra el régimen de la obligatoriedad del voto y la tesis en virtud de la cual los votos en blanco y viciados se computan para determinar la totalidad de sufragios.

- (1) Art. 65o. de la Constitución: . . . "Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que estén en el goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad". . .
- (2) Art. 290o. de la Constitución: "El JNE declara la nulidad del proceso electoral nacional en los siguientes casos:
 1. Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o en blanco;
 2. Cuando se anulan los procesos electorales de una o más circunscripciones que en conjunto representan el 1/3 de la votación nacional válida".
- (3) Art. 203o. de la Constitución: "El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos. Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procede a segunda elección dentro de los treinta días siguientes entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas". . .
- (4) L.F. Villarán: "La Constitución Peruana Comentada", Lima, E. Moreno Editor, 1899.
- (5) VILLARAN, Manuel Vicente: "Anteproyecto de Constitución de 1931".
- (6) Art. 292o. de la Constitución: "El Jurado Nacional de Elecciones puede declarar, en instancia de apelación definitiva, la nulidad de las elecciones de una determinada circunscripción electoral, por las siguientes causales:
 1. Por graves irregularidades en el proceso electoral que sean suficientes para modificar los resultados de la elección.
 2. Cuando comprueba que los votos emitidos, en sus dos terceras partes son nulos o en blanco".
- (7) Art. 6o. de la Ley 23903: "Para los efectos de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resulten nulos y en blanco".



“Naturaleza Jurídica del Contrato de trabajo y la Formulación de la Relación de trabajo”

Eduardo de Rivero Santana

Alumno del 8vo. Ciclo de la

Facultad de Derecho de la P.U.C.

Miembro del Comité Directivo de “Thémis”

La determinación del fundamento de las relaciones individuales de trabajo aún suscita controversias, las que giran en torno a las posiciones defendidas por la doctrina de la relación de trabajo y la tesis de la naturaleza autónoma del Contrato de Trabajo. Incluso, podemos resumirlas en dos posiciones principales: contractualistas y relacionistas. Tanto una como otra se fundamentan en el propósito de establecer la institución jurídica que mejor represente la prestación de trabajo y las relaciones entre patrono y trabajador, así como el hecho o acto que les da origen. Esto, sin dejar de lado el carácter tuitivo que distingue al Derecho Laboral.

No puede soslayarse la importancia que para los efectos de este estudio tiene el considerar las circunstancias histórico-sociales, pues es innegable que ejercen una gran influencia sobre los conceptos relativos al trabajo y las instituciones jurídicas, encargadas de su regulación en el campo del Derecho.

I. Antecedentes Históricos del Contrato de Trabajo.-

Los primeros intentos de encuadrar en una figura jurídica la prestación de servicios se remontan al Derecho Romano, que consideraba como derivadas del contrato de arrendamiento las figuras contractuales relativas al trabajo. Tradicionalmente, y como nos lo indica la mayoría de tratadistas del Derecho Laboral, la doctrina ha tenido la tendencia de considerar que eran dos los contratos relativos al Trabajo, según lo muestra PETIT:

“a) *Locatio operarum*: cuando el locador, en lugar de procurar el disfrute al conductor de una cosa por la que le debe la “merces”, le presta servicios determinados; no pudiendo ser todos los servicios indistintamente objeto de arrendamiento, se excluyen los de difícil valuación en dinero. De estos últimos son la “*operae liberales*” o servicios prestados por los profesionales liberales... que podían recibir una remuneración llamada “*honorarium*”...

b) *Locatio operis*: cuando el que presta sus servicios recibe de la otra parte tradición de una cosa sobre la que tiene que realizar su trabajo”... Hay que señalar también que tanto en la *locatio operarum* como en la *locatio operis* “el contrato obliga a una de las partes a prestar los servicios prometidos; a la otra, a pagar las merces convenida” (1).

Con relación a esto, que, como señalamos anteriormente, es el enfoque que mayoritariamente dan los tratadistas del Derecho Laboral a las figuras contractuales romanas relativas al trabajo, SHULZ (2), indica en cambio que “tal distinción no se halla en las fuentes romanas, ni fue implícitamente aceptada por los juristas clásicos. Estos sólo conocieron una “*Locatio Conductio*” y en principio, aplicaron las mismas reglas a todas las variedades de este contrato. Las diferencias terminológicas respondieron a conveniencias lingüísticas y al uso, sin que tuvieran mayor trascendencia... así cuando alguien arrendaba un esclavo, se decía de él que era conductor, esto es, persona que llevaba el esclavo consigo. La persona que proporcionaba el esclavo era llamada locador, porque “colocaba” al esclavo a disposición del conductor. . . Pero si alguien arrendaba obreros para construir una casa bajo su propia dirección, más propio parecía considerar a los obreros como locadores, puesto que se colocaban ellos mismos a disposición de la otra parte. Con esto, insistimos en que es una diferenciación terminológica, fue más bien formal y que en todo caso, el trabajador podía llamarse a sí mismo locador o conductor según le plugiese”. Otro argumento importante que el mismo SHULZ (3) da, es el que “los contratos con los trabajadores libres no fueron entonces tan frecuentes como ahora, pues el trabajo de los esclavos superó en importancia al mercedario. Los obreros de las fábricas, eran por regla general, esclavos. Las personas acomodadas tenían sus artesanos, que eran sus propios esclavos”. Recordemos también que los esclavos tenían la categoría de objetos, eran tratados en consecuencia como cualquier otra “cosa”, de tal manera que cabía la transferencia del dominio y/o disposición del esclavo según lo que la libre voluntad de las partes capacitadas para contratar dispusiera y las labores manuales capacitadas para contratar dispusiera y las labores manuales eran mayoritariamente efectuadas por esclavos, en menor medida por los manumitidos y en otro nivel por los hombres libres. La figura contractual reguladora de las prestaciones de servicios se tenía que adecuar, como es natural de comprender, a las circunstancias que se vivían, a las que se añadía el hecho que señala CALDERA (4) que en el Derecho Romano existían muy pocas figuras contractuales.

En la Edad Media, en razón de la influencia del Derecho Germánico, conforme nos relata DE LA CUEVA (5), se recurre a la idea del vínculo personal entre el arrendador y el arrendatario, por el cual el primero quedaba bajo la potestad del segundo, estando éste encargado de velar por la subsistencia del arrendador.

A medida que el tiempo transcurría e importantes acontecimientos históricos se suscitaban —La Revolución Francesa en particular— el tratamiento jurídico otorgado al trabajo se iba enriqueciendo. De esta manera, se configuraron diversas tesis relativas al fundamento de la relación individual de trabajo.

El Código Civil francés de 1812, que modernizara con nuevas técnicas y conceptos el Derecho prevaleciente, influyó grandemente en el Derecho de su época. Elaborado durante el aún incipiente industrialismo inglés y bajo el todavía prevaleciente sistema agrarista francés con resabios de feudalismo, se inspiró en el Derecho Romano para el tratamiento legislativo de las prestaciones de servicios.

El Código napoleónico le daba a la prestación de servicios el carácter de un contrato de arrendamiento en su artículo 1708 (6), y lo distinguía del de las cosas, no en función de las particularidades propias del trabajo, sino en función a las prestaciones en juego: en un caso entregaba el bien a la otra persona, mientras que en la locación de servicios lo que se alquilaba no era una cosa, sino la fuerza de trabajo de una persona. En cuanto a los efectos del contrato de locación de servicios, eran de aplicación las normas comunes al Derecho Civil, lo que se ejemplifica con la circunstancia de que cabía la rescisión unilateral del contrato sin causa justificada, frente a lo cual había que pagar una compensación por daños y perjuicios.

II. Asimilaciones del Contrato de Trabajo a Figuras Contractuales Cíviles.-

A. Al Contrato de Arrendamiento.-

Según vimos al estudiar los antecedentes históricos del Contrato de Trabajo, el Código Civil francés influyó notablemente para que la prestación de servicios laborales se considerara regulada por la figura del contrato de arrendamiento. Con esto se considera que el arrendador da en arrendamiento su fuerza de trabajo por un tiempo determinado, mientras el arrendatario, en contraprestación, otorga la remuneración correspondiente. LOTMAR (7) argumentó en contra afirmando que el trabajo es inseparable de quien lo presta “la prestación del arrendador o vendedor es siempre una parte de su patrimonio, en tanto en el contrato de trabajo no se promete sino fuerza personal, esto es, nada que pertenezca a su patrimonio”. Otro argumento en contra de esta teoría es que siendo propio del contrato de arrendamiento la devolución del bien arrendado una vez que se cumple con el fin para el cual se arrendó, en el caso del trabajo resulta imposible la devolución del servicio prestado por estar este integrado a la persona que lo prestó. Además, “al contrato de arrendamiento le presupone la idea de una cosa existente en el momento de realizarse el acuerdo de voluntades, y lo único que existe en este instante es el trabajador, la persona de éste, que sería la arrendada, lo cual resulta inadmisibles” (8).

B. El Contrato de Compra-Venta.-

Las tesis que consideran que la prestación de servicios se regula por el contrato de compra-venta parten de la premisa que el trabajo es una mercancía, en contraprestación de la cual se da la remuneración, equivalente esta última al precio. Por el contrato de compra-venta la parte llamada vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien a la parte llamada comprador, quien a cambio hace entrega del precio. BUREAU (9) con relación a esta tesis indicó que “desde cualquier punto de vista en que uno se coloque el trabajo del obrero aparece como una mercancía; y esta palabra es la única que responde a la realidad de los hechos. Como todas las demás cosas el trabajo es susceptible de venta y compra; y el contrato de trabajo puede definirse como un contrato por el cual una persona llamada patrono, compra a otra, empleado u obrero, mediante un precio determinado, el esfuerzo intelectual o muscular necesario para el cumplimiento de una tarea precisa y determinada”. Sin duda, esta tesis puede parecer convincente, pero más que constituir una formulación que integre los diferentes factores que le dan una característica propia al contrato de trabajo, como veremos más adelante, constituye una posición doctrinal simplista, además de ofensiva.

La tesis del contrato de trabajo como una modalidad del contrato de compra-venta se vio renovada con el planteamiento que hiciera Francesco Carnelutti. Este consistía en plantear una analogía entre el contrato de trabajo y el de suministro de energía eléctrica. Para esto, en primer lugar, distinguía la fuente de energía de la energía misma, de tal manera que el hombre era equivalente al suministrador de energía y la fuerza de trabajo a la electricidad. Seguidamente, señalaba que tanto la fuerza de trabajo como la energía eléctrica una vez suministradas ya no eran susceptibles de restitución alguna —con lo cual refutaba la tesis del arrendamiento de servicios— y que en contraprestación se recibía un pago previamente acordado, que sería en el caso del trabajo prestado la remuneración y en el del suministro de energía eléctrica el precio. CARLETUTTI (10) al argumentar su tesis afirmaba que “el dar consta de dos elementos: la prestación y su objeto, y lo mismo ocurre con el hacer, sólo que por defecto en el análisis, de ordinario se confunden por absorberse el objeto de la prestación. El vendedor, cuando da, se apresta a hacer, pues deja que la cosa sea tomada por el comprador, de la misma manera, el trabajador cuando hace, se dispone a dejar que su energía sea utilizada por el patrono. Aún aquí, una es la prestación y otro su objeto, y si este —el objeto— no es el hombre, no puede ser sino una cosa”.

La argumentación de Carnelutti se enfrenta a una serie de críticas. En primer lugar no es posible distinguir tan tajantemente la fuerza de trabajo de la persona que la detenta, ya que el trabajo tiene una relación íntima con la persona que lo presta. Como un ejemplo de esto podemos señalar el caso de un trabajador en relación de dependencia que desempeña una labor con la misma calidad que otra, pero que para hacerlo toma más tiempo en razón de tener una menor experiencia en este tipo de trabajo. Al mismo tiempo, en la medida que su experiencia se acrecienta irá adqui-

riendo un estilo particular y personal para la realización de su quehacer y, si vamos más lejos todavía, el tipo de trabajo realizado subordinadamente podrá depender del grado de comunicación y confianza entre jefe y trabajador, pensado, claro está, que una de las implicancias de la subordinación y dependencia es la dirección técnica.

También, en el caso del suministro de electricidad el pago se efectúa en función de la cantidad de energía suministrada, esto es, de una variable perfectamente delimitable, mientras el trabajo no se puede medir en función de la fuerza muscular desplegada, pues, además de tal fuerza, en el trabajo también intervienen factores no cuantificables como el ingenio, destreza, entre otros. Esto, además de tomar en cuenta que quien realiza el trabajo es una persona que en caso de encontrarse enferma y estar suspendida la relación laboral; por esa razón subsiste el derecho de ésta a una remuneración para así contar con lo necesario para su subsistencia, mientras que con la fuente suministradora de energía eléctrica no sucedería nada análogo en caso ésta no pudiera producir la energía necesaria. Para esto último hay que hacer la precisión de distinguir lo que podría ser la empresa suministrante del equipo encargado de generar la energía eléctrica.

DE LA CUEVA (11) señala como un importante aporte de Carnelutti el haber considerado que el hombre no es susceptible de contratación, sino su fuerza de trabajo, y el haber considerado ésta como una cosa, cuando al exteriorizarse el trabajo, éste se objetiviza. Esto sin dejar de considerar —como afirma de la Cueva— que la tesis del suministro de energía constituye una audaz argumentación en favor de la tesis del contrato de trabajo como una modalidad del contrato de compra-venta.

Retomando la tesis que considera al trabajo como una mercancía susceptible de asimilarse dentro del contrato de compra-venta, aquella se enfrenta con argumentos como los siguientes: una mercancía es una cosa material existente o susceptible de existir y el contrato de compra-venta se realiza sobre la base de la existencia de esta, mientras, en el caso del trabajo se da la particularidad del "tracto sucesivo", esto es, del constante hacerse de una de las prestaciones del contrato, aparte de constituir el compromiso de hacer algo. Además, como señalamos, el trabajo va íntimamente ligado a la persona que lo presta, incluso una vez prestado. También hay que considerar que en la compra-venta se realiza la traslación del dominio de la cosa materia de la venta, circunstancia ésta imposible de darse con relación a la prestación de un trabajo, por cuanto resulta imposible que alguien pueda trasladar el dominio de su trabajo a otra persona, idea que no puede desligarse del concepto que integra el trabajo con la persona que lo presta.

En lo que a sus efectos respecta, en el contrato de compra-venta si una de las partes cumplió con transferir la propiedad y la parte obligada de hacer el pago incumple su obligación, cabe que se restituya la cosa y, más aún, que se accione reclamando el pago por daños y perjuicios.

En el contrato de trabajo, en cambio, una vez prestado el trabajo y si no se cumple con pagar la remuneración convenida, resulta imposible la restitución del trabajo realizado; por lo cual, sólo cabe que se cumpla con pagar la remuneración convenida.

HERNAINZ MARQUEZ (12) señala que tampoco "... se pueden ejercer acciones típicas de la compra-venta como el saneamiento, la evicción y el retracto".

C. Contrato de Sociedad.-

Otra asimilación del Contrato de Trabajo con figuras civiles es la que se da con el contrato de Sociedad.

ALONSO GARCIA (13) señala que el principal argumento de esta posición doctrinaria es "el factor de colaboración que hay en las relaciones laborales". Este factor de colaboración se fundamenta en el hecho que, tanto el trabajador como el empleador, hacen sus respectivos aportes que combinados dan un mismo resultado. En el caso del trabajador el aporte consiste en su fuerza de trabajo, en el del empleador el capital que pone en juego y del cual dispone. Suponiendo que se trata de una empresa industrial, el resultado consistirá en la mercancía producida. Continuando con esta idea, la remuneración del trabajador, así como la ganancia que obtenga el empleador, se derivan de los ingresos de la Sociedad y se reparten conforme a lo que acordaron en el momento de integrarse como una Sociedad y en función al valor del aporte efectuado.

HERNAINZ MARQUEZ (14) señala que esta tesis cuenta con muchos adeptos, incluso desde perspectivas distintas, pero coincidiendo en lo sustancial: el contrato de trabajo constituye, fundamentalmente, una figura societaria o comunitaria integrada en iguales términos por trabajadores y empleadores (*). Frente a esta tesis se pueden esgrimir muchos argumentos en contra. Por ejemplo, la "affectio societatis" está ausente, lo que nace de la realidad de la empresa en que muchos de los intereses de empresarios y trabajadores están contrapuestos y los riesgos no son igualmente compartidos como en la Sociedad" (15). KROTOSCHIN (16) indica que el carácter de subordinación en el contrato de trabajo es decisivo: sólo hay contrato de trabajo cuando se establezca una relación de dependencia personal. Otro argumento en contra es que mientras "una Sociedad tiene personalidad jurídica propia, diferente a la de sus miembros, mientras que aquí... (en el contrato de trabajo)... las partes mantienen su identidad" (17). Finalmente, CABANELLAS (18) afirma que "esta aspiración de dignificar al trabajador, elevándolo de la condición de subordinado a la de asociado en la empresa, es propósito laudable, que se funda en una concepción del trabajo distinta a la tradicional, no concebido cual régimen servil". Sin duda, los buenos propósitos y los deseos nobles son dignos del mejor elogio, pero muchas veces no constituyen el mejor camino para afrontar determinadas situaciones o ciertas realidades de la manera más eficaz y completa.

D. Contrato de Mandato.-

La tesis que considera al contrato de trabajo como una derivación del contrato de mandato está hoy definitivamente superada.

Ella se fundamenta en que por el Contrato de trabajo el trabajador se obliga a realizar determinadas labores por cuenta y en interés del empleador. El trabajador asume el papel de mandatario y el empleador de mandante.

Esta posición se ve automáticamente confrontada con la consideración que el mandato tiene por objeto la realización de uno o más actos jurídicos, mientras que en la prestación de servicios no todo lo que haga el trabajador puede constituir un acto jurídico, sin dejar de constituir una de las finalidades del trabajo prestado, aparte que el contrato de trabajo no concluye con la realización de un acto jurídico. ALONSO GARCIA (19) considera que el Mandato se diferencia del Contrato de Trabajo en los elementos de subordinación, que no hay en el mandato la naturaleza jurídica del trabajo realizado por uno y otro y la naturaleza de los servicios que se prestan "... a lo que PLANIOL añade que la diferencia es más bien relativa al grado de subordinación por cuanto el mandatario actúa por órdenes y a veces bajo la dirección del mandante; señalando también otra diferencia importante; que en el mandato "lo que las partes se proponen es el resultado jurídico, es la creación directa de un derecho en favor del mandante por mediación del mandatario. En cambio, en el contrato de trabajo, la finalidad contemplada por las partes es el trabajo mismo, del que el patrono espera obtener un beneficio material o intelectual" (20).

III. El Contrato de Trabajo y los Contratos de Obra y Locación de Servicios

Forman parte de este título los contratos de locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro.

El Código Civil Peruano de 1936 regulaba los contratos de obra y locación de servicios en la parte relativa al contrato de locación-conducción.

A su vez, el contrato de trabajo era normado en los artículos 1571 y 1572. El contenido de estos artículos se muestra insuficiente para lo que realmente constituye el contrato de trabajo: en primer lugar, en cuanto a la sistemática resulta inadecuado darle el tratamiento correspondiente a un contrato civil; en segundo lugar, no señala los elementos sustanciales que tipifican el contrato de trabajo, esto es, la relación de subordinación, el carácter personal y el vínculo de dependencia entre las partes contratantes.

El Código Civil Peruano vigente, promulgado en 1984, sanciona la diferencia entre locación de servicios y contrato de obra, al mismo tiempo que indica la diferencia con el contrato de trabajo.

A. Locación de Servicios.-

Esta figura se regula en el Código Civil peruano de 1984 en los artículos 1764 a 1770. El objeto de este contrato es la prestación de servicios para un quehacer determinado o por un tiempo prefijado, siendo condición para la existencia de este contrato que dichos servicios no sean prestados en relación de dependencia, según dispone el art. 1764 del Código mencionado. En contraprestación a los servicios efectuados se entrega el pago previamente convenido. Un ejemplo de este contrato es aquella situación en la que se contrata los servicios de limpieza de un tercero durante todos los días útiles por dos horas. El contratista se encarga de cumplir su labor por su cuenta y riesgo, sin sostener ningún vínculo de dependencia o subordinación y conservando su autonomía frente al contratante.

B. Contrato de Obra.-

El objeto de este contrato es la realización de una obra determinada y concreta, lo que lo diferencia de la anterior figura contractual. Al igual que el caso anterior, las partes conservan su autonomía una frente a la otra, y el contratante dará su aprobación a la obra hecha. El caso característico de este contrato es el de la contratación de un artista para que pinte un paisaje o un retrato. Se regula en el código citado entre los artículos 1771 a 1789.

C. Contrato de Trabajo y Contratos de Obra y Locación de Servicios.

A diferencia de los contratos de obra y locación de servicios, el Contrato de Trabajo se distingue porque las partes que intervienen en él guardan una marcada relación personal y la prestación a cargo del trabajador se cumple bajo el vínculo de dependencia y en relación de subordinación.

IV. Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo

Una vez revisadas las figuras civiles a las que principalmente se trata de asimilar el contrato de trabajo y hecha la distinción fundamental entre los contratos de obra y locación de servicios de un lado y el contrato de trabajo del otro, apreciamos que en el primer caso resultan insuficientes las figuras civiles y en el segundo no es posible la asimilación por existir elementos esenciales que los distinguen. A partir de esto se plantea el tener que determinar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo.

Diversos tratadistas de Derecho Laboral consideran que el Contrato de Trabajo tiene una naturaleza propia en razón de los caracteres que le son propios. De éstos, el más importante es el de la subordinación.

La subordinación es sin duda el elemento que tipifica el contrato de trabajo. Ahora bien, no hay una definición común en la Doctrina. La determinación de su significado varía entre los diversos tratadistas de Derecho Laboral, y lleva a precisar algunos conceptos. De esta manera, CABANELLAS ha sostenido que la subordinación es el "estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa" (21).

Aparentemente, con esta definición que da el maestro español, se estaría considerando como el punto central de la subordinación la potestad de dirigir la empresa. El mismo Cabanellas hace la siguiente precisión frente a esto: "Dirigir es conducir a determinado fin, aconsejar, enseñanza con que se encamina a uno a lo mejor; depender es sinónimo de subordinación, reconocimiento de mayor poder o autoridad, sujeción a la orden, mando o dominio de otro" (22). Con esto, se puede apreciar que la facultad directriz nace precisamente de una situación de dependencia del trabajador frente al empresario o patrono. Pero, esta dependencia ¿de qué naturaleza es? ¿Se puede considerar que es de cualquier tipo o que tiene ciertas particularidades?

Sin duda, para contar con la facultad de dar órdenes se requiere contar con un derecho, el que no puede ser per-se. Dicho derecho tiene su origen en el acuerdo celebrado entre patrono y trabajador y asume la calidad de contrato de trabajo. Frente a esto, podemos considerar el factor de la dependencia económica, esto es, que los empresarios son los poseedores de diversos recursos para el desarrollo y realización de determinadas labores frente a los trabajadores que sólo cuentan con su fuerza de trabajo. Pero, hay sin duda situaciones en que habiendo subordinación no hay dependencia económica. La dependencia económica no es lo sustancial al vínculo laboral, es una situación de hecho que se presenta entre los trabajadores pero que no confiere la potestad de dirección por parte del patrono sobre las labores del trabajador. Inclusive, podemos observar casos en que habiendo dependencia económica no hay subordinación, lo que se demuestra con los casos de contratos de locación de obra o de servicios en los que el trabajador está en una innegable situación de desventaja frente a su contratante, sin que por esto este tenga la potestad de dirigir su trabajo.

También hay que considerar otro carácter como la activa intervención del Estado a través —por ejemplo— de la determinación de las remuneraciones mínimas o ciertas condiciones de trabajo o la fijación de beneficios sociales, intervención ésta que tiene por objeto mejorar la situación del trabajador frente al empleador y también limitar la libertad de contratación a través de las normas que el Estado dicta y que se hacen en función a la protección del trabajador.

Asimismo, el vínculo marcadamente personal por todas las implicancias que trae consigo la prestación de servicios en donde prestatario y prestatario realizan una obra común y buscan un mismo resultado.

No cabe duda que la evolución experimentada por el contrato de trabajo responde a los correspondientes cambios vividos por nuestras sociedades que se traduce a su vez en la evolución de las instituciones vivas del Derecho. El Derecho Laboral fue adquiriendo una fisonomía propia, apartándose de criterios civilistas o, en casos extremos, de criterios penales. Es así como el contrato de trabajo adquiere una forma propia en el ámbito del Derecho Laboral, desligándose de sus orígenes civilistas. Con esto no pretendemos señalar que el Derecho Laboral y sus instituciones constituyan un sistema autárquico ya que el Derecho es un sistema integral, conformado por diversas ramificaciones surgidas de la creciente especialización y los problemas que se van suscitando. De esta manera el Derecho Laboral se constituye en la especialidad que se ocupa de la protección del trabajador en un marco de justicia.

El contrato de trabajo debe ser visto con ese enfoque conceptual, además de cumplir con los requisitos tradicionales de objeto lícito, forma prescrita por la ley, capacidad de los contratantes, etc.

El Contrato de Trabajo tiene, pues, una fisonomía propia y se desenvuelve en el ámbito del Derecho Laboral por las características que tiene. Sus efectos se traducen —de mediar prestación de servicios— en la relación de trabajo.

V. El Contrato de Trabajo y la Relación de Trabajo

Normalmente se ha entendido “relación jurídica” como el vínculo fijado por una norma jurídica entre dos o más personas. Esto conduce a pensar que toda relación jurídica es el lazo entre personas que genera derechos y obligaciones.

DE BUEN (23) considera este enfoque como superado por otros más explícitos y completos, argumentando que “la relación jurídica se halla, pues, en forma hipotética en la norma... lo cual no quiere decir, de modo forzoso, que haya de estar antes en la norma que en la vida. Hay relaciones vitales que llevan dentro de sí mismas el germen de una norma todavía no declarada, y que se extrae en definitiva de la realidad misma... la propiedad, las relaciones familiares, el vínculo obligatorio existió antes que ninguna norma lo estableciera. Aún en nuestros días se han dado hechos sociales —los derivados de las relaciones colectivas de trabajo— que han ejercido una eficacia normativa por su propia virtualidad”. Añade a esto que una relación es jurídica cuando tiene un fundamento o razón de Derecho, y debemos comprender que existen vínculos que son importantes para el Derecho no teniendo estos un origen normativo o en la voluntad de las personas.

El concepto de “relación de trabajo” reviste particular importancia frente a la polémica si es o no necesario el contrato de trabajo como factor generador de la misma. CABANELLAS (24), al desarrollar su idea sindical a LOTMAR como un primer mentor, que en un principio se limitaba a las relaciones surgidas de un contrato, pero que ésta fue desarrollándose hasta llegar a comprender otras situaciones ajenas al vínculo contractual, como las relativas a la seguridad e higiene en el trabajo; esto es, que el centro de labores cumpla determinados requisitos que hagan posible el desarrollo de determinadas tareas en un ambiente propicio. Desde que se comenzó a plantear, revistió sin duda un gran interés y suscitó muchas controversias, generando diversas elaboraciones doctrinarias. El punto está en determinar la importancia del contrato de trabajo en la formación de la relación de trabajo.

Néstor DE BUEN (25) atribuye a Mario DE LA CUEVA la primera elaboración sistemática de la relación de trabajo, además de considerar la enorme difusión de su tesis y ser el principal exponente actual de la teoría pura de la relación de trabajo. DE LA CUEVA (26) comienza su exposición planteándose dos interrogantes fundamentales: la primera, si la naturaleza del trabajo humano puede quedar sometida en su ejercicio a la idea del contrato; la segunda, si en los países capitalistas tenía que existir un acuerdo de voluntades previo a la relación de trabajo. La primera interrogante la absuelve recurriendo a la dignidad del trabajador que debe tener en cuenta el Derecho Laboral, la que consiste fundamentalmente en la calidad de no-mercancia del trabajo y el reconocimiento de los Derechos Sociales contenidos en las declaraciones correspondientes, de las cuales cita la carta de la O.E.A.; la segunda, afirmando que no se llega a nada considerando el contrato de trabajo como una figura “sui-géneris”, o que no constituye un contrato civil, y que el problema fundamental del Derecho de las obligaciones y los contratos” y que “el Derecho del Tra-



bajo no protege los acuerdos de voluntades sino el trabajo mismo”.

Luego de las ideas anteriormente expuestas, pasa a definir la relación de trabajo: “Es una institución jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas del Derecho social; laboral...”. A partir de esto DE LA CUEVA (27) señala como las principales consecuencias de su definición que: a) el hecho constitutivo de la relación es la prestación de un trabajo subordinado; b) la prestación de trabajo, por el hecho de su iniciación, se desprende del acto o causa que le dio origen y provoca, por sí misma, la realización de los efectos que derivan de las normas de trabajo, esto es, deviene una fuerza productora de beneficios para el trabajador; c) la prestación del trabajo determina inevitablemente la aplicación del derecho del trabajo, porque se trata de un estatuto imperativo cuya vigencia y efectividad no dependen de la voluntad del trabajador y del patrono, sino, exclusivamente, de la prestación del trabajo; d) la prestación del trabajo crea una situación jurídica objetiva que no existe con anterioridad, a la que se da el nombre de relación de trabajo: en el contrato, el nacimiento de los Derechos y obligaciones de cada una de las partes depende del acuerdo de voluntades, mientras que la relación de trabajo, iniciada la actividad del trabajador, se aplica automática e imperativamente el derecho objetivo”.

Las líneas que anteceden condensan la explicación acerca de la relación de trabajo hecha por su principal exponente, Mario DE LA CUEVA. En cuanto al origen de la relación de trabajo, DE LA CUEVA (28) opina que “el acuerdo de voluntades no es un requisito inevitable para la formación de la relación... y esta es la cuestión fundamental: que ese acuerdo de voluntades no podrá ser el rector de la relación... pues por

el hecho de la prestación de trabajo, la relación adquiere una vida propia, la que se transforma por principios que también lo son propios”. No por esto niega que existan casos en que es importante la existencia de un acuerdo previo de voluntades, como el caso de los trabajadores domésticos. Al hablar de la gran industria mexicana en donde tiene vigencia la cláusula sindical de exclusión (**), considera que en esos casos la voluntad del empleador es más aparente que real, al no ser éste el que efectivamente contrata a los trabajadores. Al existir en México el caso de grandes industrias en las que no existe esta cláusula o bien en que habiéndola el sindicato actúa a nombre del empresario, se le ha presentado a DE LA CUEVA —como él mismo lo señala— críticas con ese fundamento, a lo que ha respondido que esta cláusula se va extendiendo en su verdadera dimensión y que los trabajadores no actúan a nombre de la empresa ya que “los sindicatos ni aceptan ni entienden actuar en representación del empresario, pues obran para el aseguramiento de sus fines, que no sólo son los mismos, sino que son los de una clase social distinta y opuesta a la burguesía”.

Al analizar las tesis de Mario DE LA CUEVA, DE BUEN (29) hace anotaciones sumamente interesantes. En primer lugar, discrepa de la aseveración de que llegará el momento en que sea innecesario el contrato como elemento que da origen a la relación laboral, señalando que De la Cueva incurre en una contradicción al admitir que algunas relaciones laborales nacen de un contrato. También afirma que DE LA CUEVA exagera al decir que darle a la relación de trabajo un origen contractual implica la subordinación del Derecho del Trabajo al Derecho Civil, o bien que constituye un atentado contra la dignidad humana del trabajador. Al mismo tiempo considera que el contrato sólo será el acuerdo previo para la prestación de trabajo, lo que permite que se le diferencie de la relación

de trabajo sea entendida como excluyente, por sí misma, de la idea contractual. Piensa también que la relación de trabajo puede tener diversos antecedentes, pero siempre se encontrará en su origen un acto jurídico, para concluir que "las condiciones de trabajo que regularán, en principio, la vida de la relación laboral deje de ser dinámica, esto es, que se adecúe a situaciones que se generen durante su desarrollo. Ante esto mismo KROTOSCHIN (30) señala que "serán raros los casos en la práctica, en que del contrato de trabajo no nazca también una relación de trabajo. Por lo general, la celebración del contrato y la iniciación de la relación, esto es, de la ejecución de aquel, coincidirán en el tiempo".

Lo anterior nos lleva a observar el asunto del ejercicio de la voluntad en el momento constitutivo de la relación de trabajo. Se considera que la voluntad del patrono se ve restringida y limitada por la cláusula sindical. Frente a esto cabe considerar que mientras el empleador tenga en sus manos la facultad directriz de la empresa habrá de decidir, entre muchas cosas, si es o no conveniente la creación de nuevas plazas, o bien si se necesitan cubrir las vacantes que se quieren; el hecho que el sindicato decida la persona en concreto que va a ocupar esa plaza puede ser considerado como una delegación para celebrar el convenio que va a dar origen a la relación laboral, ya que si esa persona no cumple las expectativas puestas sobre ella durante el período de prueba, cabe el despido de la misma, lo que en opinión de DEVEALI (31), hace que la "voluntad que falta en el momento inicial, toma así su imperio cuando se trata de transformar el acto de enrolamiento de un verdadero contrato de trabajo".

El asunto del consentimiento entre las partes también juega su papel en lo relativo al contrato y la relación de trabajo. Sin duda, durante la prestación de servicios, algo que no puede dejarse de lado es el hecho fundamental que entre las partes comprometidas debe existir consentimiento con respecto al trabajo que se efectúa. DEVEALI (32) objeta la idea que la relación de trabajo se origina por la prestación de servicios, argumentando que realizar un trabajo "implica una conformidad de voluntades tanto de parte de quien lo presta, como de quien lo recibe... pudiendo ser suficiente una presunción de consentimiento".

Un caso particularmente interesante es aquel en que un trabajador ingresa a un centro de trabajo y presta servicios sin el consentimiento o conocimiento del empleador. Por un lado, podría considerarse que existe relación de trabajo; por otro, que no existe tal, y que el vínculo es de distinta naturaleza al que se da en la relación laboral.

Se podría afirmar con respecto a lo anterior que existe relación de trabajo, por lo que —siguiendo con la idea— en todo aquel caso en que una persona presta un servicio en algún establecimiento sin que los responsables de la dirección y conducción del mismo sepan siquiera de su presencia, ya con ello se encuentra en relación de trabajo con todo lo que esto implica para ambos. Por esto, hay que precisar lo que da origen a la formación de la relación de trabajo, y ubicar el papel de la prestación de servicios en ella.

Por lo expuesto, toda relación de trabajo para su configuración como tal requiere del consentimiento

expreso o tácito de ambas partes y que a su vez con la prestación de servicios se perfecciona y adquiere una vida propia.

Surge la interrogante: ¿Qué sucede con el trabajador que ingresó al centro de trabajo sin consentimiento ni conocimiento de quienes lo tienen a su cargo?

Aquí cabe que el trabajador interponga un reclamo ante el empleador si su trabajo devino en un provecho para el reclamado, y por el cual se pide el valor del servicio prestado. Esto no niega —muy por el contrario, está en la línea de la misma idea— que para que exista una relación de trabajo en el sentido ya expuesto, se exija la prestación de un servicio y la convención entre las partes. Es importante señalar que en esta situación no se generarían vínculos obligacionales sostenidos entre empleador y trabajador, como sí sucede en el caso de la configuración de la relación de trabajo.

Un asunto también importante es cuándo un contrato tiene validez como uno de trabajo. Consideramos que cuando el objeto del contrato está referido a la prestación de servicios en donde una de las partes se encuentra en una situación de subordinación y en un vínculo de dependencia frente a la otra se configura un contrato de trabajo que forma parte del Derecho Laboral.

Con esto, se reconoce con objetividad la naturaleza específica de este contrato; así como el sentido que tiene el Derecho Laboral de proteger al trabajador se ve efectivamente realizado al reconocerse cuál es la materia sobre la que versa este contrato y su especial significado. Existirán, como es posible imaginar, situaciones en las que existiendo contrato y no mediando prestación de servicios el Derecho Laboral tenga que intervenir en amparo del trabajador.

Esto lleva a que se sostenga que de seguirse la tesis del contrato, se perjudicaría al trabajador en todos aquellos casos que en que el contrato es nulo habiendo un servicio ya prestado; pues el trabajador pierde en consecuencia el derecho a la remuneración que le hubiese correspondido de ser válido el contrato.

Pero, en materia laboral, lo uno no lleva a lo otro, pues el trabajo efectivamente prestado implica para el trabajador haber ganado un derecho y para el empleador haber gozado o ganado un beneficio. KROTOSCHIN (33) opina que "cuando excepcionalmente el contrato como tal no produce efectos (por nulidad), también la simple prestación del trabajo puede originar aquellas obligaciones mutuas que corresponden al derecho objetivo y por esa causa necesaria e imperativamente regirán la relación entre las partes, como si la relación tuviera un origen contractual... salvo el caso de aquellos contratos cuyo objeto tenga un contenido ilícito penal".

VI. Conclusiones

Por lo expuesto, no cabe asimilar el contrato de trabajo a ninguna forma contractual del Derecho Civil. Esto en razón de las particularidades que presenta, de las que destaca la subordinación. Esta situación que vincula estrechamente a las partes contratantes, no se presenta en ningún contrato civil, incluyéndolo los referidos a la prestación de servicios.

Es un contrato esencialmente consensual y constituye la matriz de la relación de trabajo.

La relación de trabajo, institución del Derecho Laboral, siempre tiene su origen en alguna forma de consenso entre las partes en juego. Asimismo, si bien en muchos casos —sin duda la mayoría— trabajador y empleador se encuentran en situaciones sociales pre-establecidas al vínculo laboral, eso no niega la exis-

tencia de alguna forma contractual en el momento de la formación de la relación de trabajo. Es allí donde juega su papel el Derecho Laboral, velando porque en aquellos casos de desventaja de una parte frente a otra, la posición de ambas se equilibre en términos equitativos.

CITAS Y NOTAS

- (1) PETIT, Eugene: "Tratado elemental de Derecho Romano", Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1980.
 - (2) SHULZ, R.: "Derecho Romano Clásico", Editorial Bosch, Barcelona, 1960.
 - (3) SHULZ, R.: op. cit.
 - (4) CALDERA, Rafael: "Derecho del Trabajo", Editorial "El Ateneo", Argentina, 1960.
 - (5) DE LA CUEVA, Mario: "Derecho Mexicano del Trabajo", 12va. Edición. Editorial Porrúa, México 1970.
 - (6) CODE Civil: M.M. Dalloz, Petit Collection Dalloz; París, France, 1908.
 - (7) Citado en: CABANELLAS, Guillermo: "Contrato de Trabajo", Editorial Bibliográfica "OMEBA", Buenos Aires, 1963. Tomo I.
 - (8) CABANELLAS, Guillermo: op. cit.
 - (9) Citado en: CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (10) Citado en: CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (11) DE LA CUEVA, Mario: "Derecho Mexicano del Trabajo", 12va. edic. Editorial Porrúa, México, 1970.
 - (12) HERNAINZ MARQUEZ: "Tratado elemental de Derecho del Trabajo". 11va. edic. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
 - (13) ALONSO GARCIA, Manuel: "Curso de Derecho del Trabajo", 5ta. edición, Editorial "Ariel", España, 1975.
 - (14) HERNAINZ MARQUEZ, op. cit.
 - (15) ALONSO GARCIA, Manuel: op. cit.
 - (16) KROTOSCHIN, Ernesto: "Instituciones de Derecho de Trabajo". 2da. Edición, Ediciones "Depalma.", Buenos Aires, 1962.
 - (17) CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (18) CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (19) ALONSO GARCIA, Manuel, op. cit.
 - (20) PLANIOL, M.F.; "Tratado práctico de Derecho Civil Francés" Editora "Cultural S.A.", La Habana, 1940. TOMO XI.
 - (21) CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (22) CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (23) DE BUEN, Néstor: "Derecho del Trabajo"; Editorial Porrúa, México, 1974.
 - (24) CABANELLAS, Guillermo, op. cit.
 - (25) DE BUEN, Néstor, op. cit.
 - (26) DE LA CUEVA, Mario: "Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", 6ta. edición, Editorial "Porrúa", México 1980.
 - (27) DE LA CIEVA, Mario: "Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", 6ta. edición, Editorial "Porrúa", México 1980.
 - (28) DE LA CUEVA, Mario: "Nuevo derecho Mexicano del Trabajo. 6ta. edición, Editorial "Porrúa", México, 1980.
 - (29) DE BUEN, Néstor, op. cit.
 - (30) KROTOSCHIN, Ernesto: "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tercera Edición, Editora "Depalma", Buenos Aires, 1977.
 - (31) DEVEALI, Mario: "Lineamientos de Derecho del Trabajo"; Tipográfica editora argentina, 3ra. edición, Buenos Aires, 1956.
 - (32) DEVEALI, Mario; op. cit.
 - (33) KROTOSCHIN, Ernesto: "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 3ra. edición, Buenos Aires, 1956.
- (*) La iglesia frente a las relaciones entre el trabajo y el capital considera que "la relación natural entre ricos y pobres, entre el capital y el trabajo no es de guerra, sino de unión", según lo expuesto en la encíclica "Rerum Novarum" o "Sobre la cuestión Obrera" de S.S. el Papa León XIII. Documentos pontificios posteriores han seguido este mismo precepto.

La encíclica "Laborem Exercens" de S.S. Juan Pablo II versa sobre el trabajo en sí, el que considera no como un bien útil o de disfrute, sino un bien "digno" con un contenido ético. Esto último lo amplía señalando que "El trabajo es un bien del hombre —es un bien de su humanidad—, porque mediante el trabajo no sólo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido "se hace más hombre". Añade también que el trabajo ennoblece la materia y en esto el hombre mismo no debe ver menguada su propia dignidad.

Sin duda, el aporte de la iglesia es sumamente valioso y ha contribuido al mejoramiento de las relaciones entre el capital y el trabajo, en la perspectiva de dignificar la situación del trabajador.

(**) La cláusula sindical de contratación es una facultad otorgada por ley a los Sindicatos Mexicanos por la cual cada trabajador que ingresa al centro de trabajo debe ser previamente aceptado por el Sindicato correspondiente. La mayor vigencia de esta norma se da en el sector de la gran industria.

SECCION DOCUMENTOS

Intervención del Representante Permanente en el Perú ante las Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad sobre la situación en Centroamérica)

Señor Presidente,

Sean mis primeras palabras para expresarle las felicitaciones de mi Delegación al haber asumido usted la conducción de nuestros trabajos durante el mes de mayo. Estamos seguros que bajo su hábil e inteligente dirección habremos de alcanzar fructíferos resultados.

Señor Presidente,

Nos hallamos reunidos, a solicitud del señor Representante Permanente de Nicaragua, para "examinar la gravísima situación que atraviesa actualmente la región centroamericana". En esta oportunidad, según ha sido expuesto por el Embajador de Nicaragua, su país es objeto de medidas de coerción económica y discriminación que, en virtud de decisiones unilaterales, estarían afectando principios fundamentales del Derecho Internacional y agravando, aún más, la frágil estabilidad existente en la región centroamericana.

Mi delegación desea señalar al respecto que la posición del Perú se inspira en consideraciones de carácter normativo, político y regional que paso a precisar.

En primer lugar, la Carta de nuestra Organización consagra, entre otros principios, la libre determinación, la no intervención en asuntos internos de otros Estados, el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados Internacionales y la solución pacífica de controversias. La Organización de los Estados Americanos, por su parte, contempla en el artículo 19 de su Carta fundamental la prohibición a todo tipo de medidas de coerción destinadas a imponerse sobre la soberana capacidad de un Estado.

Estos principios constituyen la base fundamental de la política exterior del Perú que también se proyecta a la escena internacional en concordancia con la doctrina del No Alineamiento que exige, entre otros aspectos, el respeto a la soberanía, la integridad territorial y la seguridad para todas las naciones y su derecho a ejercer independencia de criterio y de acción.

Al mismo tiempo, el embargo comercial decretado por el Gobierno de los Estados Unidos con respecto a Nicaragua, al afectar estos principios, desconoce además importantes avances logrados por la comunidad internacional en el largo proceso destinado a armonizar las relaciones interestatales. Tal es el caso de la Declaración de Principios de Derecho Internacional concernientes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, aprobada por la vigésimo quinta Asamblea General, de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados; y del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT, cuyo principio esencial, la cláusula de la nación más favorecida, se ve de esta forma vulnerado. Debemos también mencionar nuestra preocupación por la ausencia de una fiel observancia de expresos procedimientos previstos en un instrumento bilateral vigente entre los Estados Unidos y Nicaragua.

En consecuencia, señor Presidente, y a la luz de los antecedentes enunciados, el Gobierno del Perú estima que las medidas adoptadas contradicen principios y normas del Derecho Internacional y constituyen un grave error y un acto desproporcionado en las relaciones entre dos Estados, que hace evidente la asimetría y el desbalance que caracteriza las relaciones políticas y económicas dentro del continente americano, en el que se concentra demasiado poder por un lado y exiguo y atomizado poder en el otro.

La situación que enfrentamos parece haber surgido por discordantes disposiciones de las prioridades políticas continentales. El conflicto en América Central se agrava por un evidente error de percepción en lo que constituye

(*) *El Embajador del Perú ante la O.N.U., Dr. Javier Arias Stella, presidió el Consejo de Seguridad de la O.N.U. durante los meses de abril-marzo.*

la naturaleza de la problemática latinoamericana y de lo que deben ser las relaciones hemisféricas contemporáneas. Se insiste en inscribir de manera excluyente los conflictos que hoy agobian a Centroamérica dentro del enfrentamiento Este-Oeste, en perjuicio de una perspectiva hemisférica más realista que permita sopesar debidamente los obstáculos al desarrollo de los pueblos centroamericanos y abrir los caminos de una responsabilidad y una tarea compartidas por la comunidad interamericana.

No parece percibirse debidamente que América Latina atraviesa hoy por una extraordinaria crisis económica y social, tal vez la mayor de su historia. Se encuentra agobiada por la presión de una deuda externa que paraliza su capacidad productiva, en detrimento de las necesidades básicas de su población. La satisfacción de estas necesidades constituyen su mayor prioridad y determinarán la solidez del proceso democrático latinoamericano. Este profundo desajuste económico tiene una manifestación correlativa en la escena política a través de la inestabilidad que genera la progresiva acumulación de demandas insatisfechas y el asedio de las instituciones estatales por la presión popular. **La democracia latinoamericana se construye hoy en el vacío económico y ante la indiferencia internacional.**

Sin embargo, América Latina se empeña en desterrar taras políticas que la identificaron, por períodos demasiado largos, con la arbitrariedad y el sometimiento y construye, gradual y tercamente, un hogar regional para la democracia y la justicia social. Asimismo, asume hoy los retos de una proyección internacional para lo cual ha adquirido una notable experiencia y madurez.

Precisamente como ejemplo de esa autonomía conceptual y política y como un antecedente fundamental para asir los problemas de Latinoamérica, debe entenderse el esfuerzo realizado por el Grupo de Contadora, esfuerzo evidentemente afectado por las medidas que hoy se discuten. Contadora, creado como fruto de la imaginación diplomática y la voluntad política de cuatro países latinoamericanos, interpreta la tradición y el sentimiento regional mediante la búsqueda de una solución pacífica y negociada al problema centroamericano. En tal sentido, el Gobierno del Perú reitera su respaldo a la iniciativa de Contadora, que constituye la única alternativa diplomática viable para hacer frente a las graves tensiones que afectan a esa región y para lograr un orden democrático real en todo el istmo.

Señor Presidente,

El apoyo del Perú a Contadora no es un acto reflejo, ni una simple y leal adhesión al intenso y complejo esfuerzo de cuatro países amigos que hoy simbolizan la voluntad latinoamericana de llevar adelante una proyección propia de paz a una región convulsionada. El Acta de Contadora constituye el más serio esfuerzo de concertación política regional latinoamericana de los últimos tiempos. Colombia, México, Panamá y Venezuela han asumido la responsabilidad de coadyuvar a las repúblicas centroamericanas a definir su propio, independiente y soberano camino. Contadora es la única alternativa realista a la guerra. Nuestra preocupación, en el contexto de este debate, estriba en que tras la histórica incompreensión que caracteriza la asimétrica relación Norte-Sur en el hemisferio americano, y el jaque que la comunidad financiera plantea hoy a la supervivencia de la democracia latinoamericana, se sume ahora, a pesar de la retórica positiva, un tácito bloqueo de la gestión diplomática latinoamericana. De ser así se estaría estrenando un camino sin retorno. De concretarse la tendencia a dejar en suspenso *sine die* el marco de arreglo pacífico de Contadora que contempla en un conjunto posibles soluciones a los aspectos de seguridad, políticos y socio-económicos de Centroamérica, sólo quedaría expedito el forzado aislamiento de Nicaragua. O la erosión de su Gobierno. Es dentro de esa perspectiva que se inscriben las medidas económicas que se acaban de adoptar y, por ende, nuestro rechazo a ellas. Mi gobierno considera que constituyen un grave error que confirma la desinteligencia estructural que aflige de manera aguda la vida diplomática de este continente.

Señor Presidente,

Hace pocas semanas, el escritor Mario Vargas Llosa, nuestro compatriota, en un ensayo concluía que Nicaragua se desenvuelve todavía en la búsqueda de un definitivo derrotero, que estaba lejos de ser satélite de potencia alguna y que en ese país, bajo estricto control estatal, todavía existe una sociedad pluralista.

El aislamiento de Nicaragua la somete a una opción de guerra fría que no nos parece ni inexorable ni deseada por sus dirigentes. Es deber histórico de América Latina impedir este proceso, para que Nicaragua se traslade del anacrónico temario Este-Oeste a una nueva agenda interamericana.

Nicaragua vive hoy tal vez su más crucial coyuntura. Su gobierno ha manifestado la voluntad favorable a la consolidación y al perfeccionamiento de la institucionalidad democrática nicaragüense. Toda democracia es un sistema y un proceso. Como tal, está siempre renovándose y enfrentando nuevos retos y obstáculos, que deberán ser superados sin presiones externas, que puedan desvirtuar el sentido de esa búsqueda autónoma a que cada pueblo tiene intransferible derecho.

Mi delegación desea profundamente que esta esperanza de América toda no se vea desvirtuada por la realidad de un adverso y obsesivo contorno. Invoca, en consecuencia, a los Estados Unidos y Nicaragua para que, acatando los principios en los que se basa la Organización mundial y las estipulaciones del Acta de Contadora, se llegue a una solución global y definitiva de la situación centroamericana.

Nueva York, 9 de Mayo de 1985.

CONTRATOS: TRANSPORTE AEREO: PERDIDA DE EQUIPAJE: RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR: DAÑOS.

Monto de la indemnización.— La limitación de la responsabilidad de una compañía aérea por la pérdida del equipaje de un pasajero, contenida en el boleto de pasaje, no tiene eficacia contractual.— El Juzgado fijará prudencialmente el importe de la indemnización cuando en el pasaje no se indicó el valor del equipaje ni en el juicio se acreditó su precio.

DICTAMEN FISCAL.— Señor: Don José Antonio Bañuelos demanda a la Línea Aérea Nacional Chilena (LAN), para que le pague la cantidad de S/. 19,000.00, valor de su equipaje extraviado en las oficinas de ésta, en Santiago de Chile, después de ser entregado para su custodia; y para que le indemnice los daños y perjuicios derivados de tal pérdida y de las molestias y gestiones efectuadas para su recuperación, que pide sean estimadas por el Juzgador.

Seguido el juicio según su naturaleza ordinaria; y ofrecidas y actuadas las pruebas de las partes, el Juez de la causa pronuncia sentencia, declarando fundada en parte la demanda y ordenando que la compañía demandada abone al actor la suma de US\$ 100.00, o su equivalente en moneda nacional, por considerar que es de aplicación el inc. d) del art. 4o. del ticket o pasaje de fs. 6, que limita la responsabilidad de aquella a la indicada cantidad con respecto al equipaje de cada pasajero.

Apelado este fallo por el demandante, la Corte Superior de Lima confirmándolo en una parte y revocándolo en otra, por la de vista, manda que la Línea Aérea Nacional de Chile pague al actor la cantidad de US\$ 200.00 ó su equivalente en moneda nacional al cambio del día, por extenderse la responsabilidad de dicha compañía al equipaje de dos pasajeros, el demandante y su esposa, y porque la limitación a la suma de US\$ 100.00 corresponde a cada pasajero.

Don José Antonio Bañuelos recurre de nulidad ante el Supremo Tribunal.

Con el talón de equipaje, la carta notarial de fs. 11, la carta dirigida al demandante por la demandada y las cartas mandadas tener por verdaderas a fojas 28 vuelta, se encuentra debidamente acreditado en autos el hecho que motiva la demanda, o sea la pérdida del equipaje del actor, mientras se encontraba bajo la custodia de la compañía demandada; y la discusión se circunscribe a establecer si tiene o no operancia la cláusula de adhesión contenida en el pasaje de transporte, que limita la responsabilidad de la Línea Aérea Nacional Chilena (LAN), con respecto al equipaje, a la cantidad de US\$ 100.00 por cada pasajero.

Si se considera que a cambio del pago las compañías de transporte sólo asumen la obligación específica de transportar con seguridad al pasajero y su equipaje, es evidente que no cabe suprimirse ni limitarse la responsabilidad derivada de esa única obligación, tanto porque la obligación bilateral en que consiste el contrato de transporte resultaría reducida a la prestación del cargador sin la correspondiente contraprestación del porteador, cuanto porque dicha responsabilidad emerge de lo dispuesto en el art. 357 del C. de C., tanto más cuanto que la cláusula 4a. de adhesión del pasaje no ha sido pactada libremente entre las partes, sino impuesta al demandante y contiene renunciaciones nulas, a tenor de lo prescrito en el art. 1321 del C.C.

A mayor abundamiento, tal responsabilidad, así como la estimación del equipaje del actor, extraviado en las oficinas de la demandada, durante el viaje de bodas de aquél, han sido expresamente reconocidas por el Fiscal de la última, mediante la carta de fs. 12.

Por tales consideraciones, este Ministerio es de parecer que se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista, en cuanto confirmando en una parte y revocando en otra la apelada, manda que Línea Aérea Nacional Chilena (LAN) sólo pague a don José Antonio Bañuelos la cantidad de US\$ 200.00 por toda indemnización; y que reformando la primera y revocando la segunda, se ordene que la demandada abona al actor la cantidad de S/. 25,000.00, que considero prudencial en pago del valor del equipaje de bodas extraviado y como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.— Lima, 10 de Octubre de 1962.— Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA.— Lima, 12 de Junio de 1963.— Vistos: de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que si bien la estipulación contenida en el pasaje respecto a la limitación del monto de la responsabilidad de la Compañía Aérea porteadora, por la pérdida del equipaje del pasajero no tiene eficacia contractual, por su parte el demandante no ha hecho declaración del valor de los objetos contenidos en la maleta extraviada, según lo establece el art. 367 del C. de C., ni ha presentado prueba que acredite el valor del mismo, como lo manda a su vez, el art. 349 del mismo Código; y que en estas circunstancias procede fijar prudencialmente el monto que por los conceptos demandados debe abonar la Compañía demandada: declararon HABER

NULIDAD en la sentencia de vista, en cuanto revocando la apelada, manda abonar la cantidad de 200 dólares; reformando la recurrida y revocando la de primera instancia, ordenaron que la Compañía demandada pague al actor don José Antonio Bañuelos la suma de S/. 8,000.00 por los indicados conceptos; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ — GARMENDIA — TELLO VELEZ — GARCIA RADA — VIVANCO.

APLICACION: 349, 357 y 367 del C. de C.— 1321 del C.C. — CONCORDANCIA: 1136, 1323 y 1328 del C. C.— 372 del C. de C.

(Normas Legales, t. 38, Pág. 309.— R. de J.P., año de 1963, No. 237, Pág. 1377).

“LAS CLAUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO Y EL CONTRATO DE ADHESION”

En el presente caso, el demandante (Sr. Bañuelos) reclama a la compañía demandada (LAN), que se le pague el valor de su equipaje que la compañía transportadora le extravió luego que este fuera entregado para su transporte, además de los respectivos daños y perjuicios derivados de tal pérdida. Recordemos que una de las obligaciones principales del porteador (transportista) es la de custodia del equipaje o la mercadería (aparte de la conducción y entrega), y al parecer, en este caso dicha custodia no se llevó a cabo o se descuidó, causando la pérdida del equipaje. El Convenio de Varsovia de 1929, que unificó las reglas relativas al transporte aéreo internacional, nos señala en su artículo 18 numeral 1 y 2 que el porteador (entiéndase transportista) “es responsable del daño ocasionado en caso de destrucción, pérdida o avería de equipajes facturados o de mercancía, cuando el hecho que ha causado el daño se produzca durante el transporte aéreo”. Y más adelante aclara que “el transporte aéreo. . . comprenderá el periodo durante el cual los equipajes o mercancías se hallen bajo la custodia del porteador. . .”. Asimismo, el Código de Comercio Peruano en su art. 357 nos dice que “el porteador. . . será responsable de las pérdidas y averías. . . si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre las personas diligentes. . .”. Vemos pues que la obligación de custodia del equipaje por parte del porteador es substancial en el contrato de transporte y en el presente caso es un hecho acreditado la pérdida del equipaje del demandante mientras se encontraba bajo el cuidado de la compañía demandada.

Siendo LAN claramente responsable por la pérdida del equipaje, lo que procede hacerse en el común de los casos y mas aún cuando el pasajero no ha realizado declaración expresa del valor del equipaje o de su contenido, es simplemente aplicar la cláusula limitativa de responsabilidad impresa en el pasaje que limita la responsabilidad de la compañía aérea en una cantidad determinada (que en la mayoría de los casos es una cantidad por kilogramo de peso o por bulto en general). Esto fue precisamente lo que se determinó

en Primer y Segunda Instancia. El juez de Primera Instancia sentenció ordenando a la compañía demandada que abone al demandante la suma de US\$ 100.00 en aplicación del inc. d) del art. 4 del pasaje o su equivalente en moneda nacional. Luego la Corte Superior de Lima modifica en parte la sentencia de Primera Instancia ordenando que se pague la suma de US\$ 200.00 por extenderse la responsabilidad de la compañía al equipaje de dos pasajeros: el demandante y su esposa, ya que la limitación a la suma de US\$ 100.00 corresponde a cada pasajero.

Antes de proseguir con nuestro análisis, es conveniente que recordemos qué es lo que entiende la doctrina por las llamadas “cláusulas limitativas de responsabilidad” o también llamadas “cláusulas de responsabilidad atenuada” tan utilizadas en los contratos de transporte. Es interesante observar que el contexto en que generalmente se mueven y se colocan estos tipos de cláusulas es en los contratos de adhesión (como el contrato de transporte aéreo por ejemplo). La doctrina contempla tres tipos de cláusulas que las partes pueden pactar en materia de responsabilidad. La razón de ser de estas cláusulas radica en que las partes queriendo evitar los riesgos de una transacción o de un litigio a futuro, prefieren regular por anticipado las consecuencias de los daños que sean susceptibles de ser causados. Se prevé el caso en que la aplicación de las reglas legales comprometería la responsabilidad; es así que de acuerdo con la víctima eventual se reemplazan esas reglas legales por reglas convencionales. Mazeaud-Tunc en su importante obra sobre responsabilidad civil señala tres tipos de cláusulas: la cláusula exonerativa de responsabilidad, la cláusula penal y la cláusula de responsabilidad atenuada. Con relación a la primera nos dice que: “Las cláusulas de no-responsabilidad se distinguen de todas las demás. Tan solo ellas suprimen toda la responsabilidad; las demás la condicionan. Tan solo aquellas privan a la víctima de toda reparación; las demás determinan por adelantado el importe y la duración de esa reparación” (1). Sobre la cláusula penal dice: “. . . pero también cabe convenir por anticipado, en un tanto alzado, la cuantía de la reparación: es la cláusula penal, esta desempeñará el papel de una cláusula de responsabilidad atenuada si la suma fijada es inferior al perjuicio causado; en el supuesto contrario, tendrá por efecto agravar la responsabilidad” (2). Pero son las cláusulas limitativas de responsabilidad las que nos interesan, veamos pues qué es lo que nos dice Mazeaud-Tunc al

respecto: "En lugar de convenir una irresponsabilidad total, puede quererse solamente limitar la responsabilidad propia, bien sea en cuanto a su extensión, bien sea en cuanto a su duración. En el primer caso se fijará una suma máxima, por encima de la cual no cabrá ser inquietado, la suma que la víctima no podrá rebasar en su demanda, aún cuando el perjuicio haya sido mucho más considerable; o también se indicará la proporción en la que uno será responsable. . . se estipulará así una cláusula de responsabilidad atenuada. En el segundo caso se limitará el derecho de acción de la víctima a cierto tiempo; transcurrido ese lapso, la víctima nada podrá reclamar. Se estipulará así, una cláusula de responsabilidad abreviada. Por último cabe querer determinar por anticipado, de manera alzada, la extensión de la responsabilidad en que se es susceptible de incurrir, no se señalará entonces un máximo, sino una suma invariable, un tanto alzado, que se deberá siempre en caso de daño. Si este es superior a la suma fija, el responsable se beneficiará de ello como de una cláusula limitativa de responsabilidad; pero si es inferior, el provecho será para la víctima. Fijar un tanto alzado es estipular una cláusula penal" (3).

Han quedado claras las características e implicancias de las cláusulas limitativas de responsabilidad (o de responsabilidad atenuada). Siendo esto así, pasaremos a señalar cuales son las interrogantes jurídicas que nos plantea esta Ejecutoria Suprema:

En primer lugar, ya que la discusión ". . . se circunscribe a establecer si tiene o no operancia la cláusula de adhesión. . . que limita la responsabilidad. . . con respecto al equipaje. . ." veamos cuáles son las consecuencias de una y otra posición. Si la Corte hubiera establecido que operaba la cláusula de adhesión ésta Ejecutoria no hubiera tenido nada de particular, pues estos casos de pérdidas de equipajes se dan todos los días en todas las compañías de transporte aéreo en el mundo y lo corriente es que a la víctima se le indemnice con la cantidad señalada en el pasaje para estos casos salvo que se hubiere hecho declaración expresa del valor del contenido del equipaje (cosa que rara vez sucede). Pero aquí se resolvió lo contrario ya que se declaró que la cláusula limitativa de responsabilidad no tenía "eficacia contractual" y por lo tanto no era válida su aplicación. Esta Ejecutoria lo que en realidad está haciendo es remover en su base toda la teoría del contrato de adhesión al señalar que lo determinado en sus cláusulas puede ser modificado o simplemente declararse sin eficacia. La mayoría de la doctrina considera que debe entenderse por contrato de adhesión ". . . aquel en que las condiciones del mismo son preredactadas unilateralmente por una de las partes, de tal manera que la otra solo puede aceptarlas en bloque o rechazarlas" (4). Además, una de las características más importantes de estos contratos es que el contrato se presenta a los destinatarios como un todo unitario respecto del cual no se concede la posibilidad de discusión (vale decir, ni antes ni después de realizado el contrato). En el presente caso se está discutiendo la validez de una de sus cláusulas, vale decir, la que limita la responsabilidad del transportista. Esto quiere decir que una vez celebrado un contrato de adhesión cualquiera, una de las partes podría a posteriori declarar la invalidez de

una de sus cláusulas "inamovibles" e "intocables" en base a una razón cualquiera. En nuestro caso, siendo el contrato de transporte aéreo un contrato de adhesión típico, en el que una de las partes (el pasajero en este caso) no puede discutir los términos del mismo por verse obligado a someterse por un estado de necesidad, la decisión de la Corte Suprema reviste una importancia muy grande para las compañías de aviación ya que imaginemos por un momento lo que sucedería si todos los pasajeros a los cuales se les ha perdido sus equipajes reclamaran sumas de dinero por encima del límite que señalan las empresas, éstas pues simplemente se irían a la quiebra al tener que pagar sumas superiores a sus posibilidades. Es por estas razones entre otras, que existen las cláusulas limitativas de responsabilidad que limitan la responsabilidad de los transportistas siempre y cuando el pasajero no haya hecho declaración expresa del valor de su equipaje (pues primaría el valor declarado sobre la cláusula limitativa). La Corte señala que la cláusula limitativa de responsabilidad no fue pactada libremente entre las partes sino impuesta al demandante. ¿Cómo no va a ser impuesta si se encuentra incluida en un contrato de adhesión como es el contrato de transporte aéreo de pasajeros? y a continuación la Corte menciona el artículo 1321 del Código Civil de 1936 que dice: "La responsabilidad procedente del dolo y la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula". Pensamos que la aplicación del citado artículo fue pertinente bajo aquellas circunstancias, pues aún no se había promulgado la Ley de Aeronáutica Civil No. 15720 que regiría todo lo relacionado a casos como el que nos ocupa. Igualmente el Perú no se encuentra sujeto a las normas del Convenio de Varsovia ya que hasta el día de hoy el Perú no se ha adherido al mencionado Convenio.

Si observamos bien, los argumentos de la Corte son perfectamente válidos desde un punto de vista netamente civilista, y para las circunstancias de la época (junio de 1963) era perfectamente comprensible que a falta de una norma especial que legislara todo lo relacionado a transporte aéreo la Corte aplicara las normas civiles relacionadas a los contratos en general (5). Al ser el contrato de transporte aéreo un contrato bilateral, vale decir de prestaciones recíprocas, la compañía transportadora asume la obligación de transportar con seguridad al pasajero y su equipaje, y el pasajero a pagar un precio determinado por el transporte. Pero como dice la Corte, si la compañía transportadora limita la responsabilidad proveniente de esa única obligación, la obligación bilateral resultaría reducida a la obligación del pasajero que es la de pagar el servicio, sin la correspondiente contraprestación del transportista. Desde el punto de vista del Derecho Civil, las cláusulas limitativas de responsabilidad son simplemente inconcebibles ya que se seguirá sancionando la injusticia de tratar desigualmente a sujetos de derecho que deben merecer idéntico respeto de la ley. Pero en materia de transporte aéreo la realidad es otra, y otras las circunstancias, otros los principios; el derecho aeronáutico es una rama del derecho con principios propios y muy particulares que no podemos unirlos en determinados casos a los del derecho civil por razones de conveniencia tanto para el transportador como para el pasajero. Tan es así que

si el presente caso hubiere tenido lugar después de la promulgación de la Ley 15720 (Ley de Aeronáutica Civil) la Corte se hubiese visto obligada a aplicarla al caso pues la Ley mencionada legisla precisamente en sus artículos 284 y 286 de su reglamento los casos de pérdida de equipaje y señala una suma fija a manera de indemnización que debe de aplicarse cuando ocurran estos casos. Lamentablemente las sumas fijadas por los mencionados artículos no han sido actualizadas por lo que caen en obsoletos.

Pensamos que la Ley de Aeronáutica en este punto necesita reformarse en el sentido que establezca, por ejemplo, un régimen de indemnizaciones optativas para los pasajeros de los servicios aéreos regulares, en el sentido que al momento de celebrarse el contrato de transporte, el pasajero pueda escoger entre el pago de una suma determinada inmediatamente después de haberse comprobado el hecho que generó responsabilidad a la compañía transportadora o si no se acogen a este régimen conservarán su derecho a ejercitar las acciones que puedan corresponderles ante la jurisdicción ordinaria, cosa que en nuestro país sabemos lo que demoran. Todo esto acompañado de una actualización periódica de los montos de indemnización.

En conclusión, somos de la opinión que la Corte resolvió bien bajo aquellas circunstancias aplicando las normas vigentes en aquel entonces aunque no olvidemos que para esto haya tenido que pasar por encima de toda la teoría del contrato de adhesión como ya mencionamos. Con relación a las cláusulas limitativas de responsabilidad, pensamos que son perfectamente necesarias en el transporte aéreo siempre y cuando vayan acompañadas de una constante actualización que señalen sumas justas y equitativas. El transporte aéreo necesita de estas cláusulas ya que como señalamos anteriormente las empresas de transporte aéreo se irían a la quiebra si todos los pasajeros que sufren la pérdida de su equipaje y que no han hecho declaración expresa de valor demandan sumas fuera de las posibilidades de las compañías.

Por último, el Derecho Aeronáutico es una rama del derecho con principios propios que no pueden confundirse con los del derecho tradicional, pues existen criterios económicos y de conveniencia que no son compatibles con los criterios del derecho tradicional (como hemos observado con las cláusulas limitativas de responsabilidad que a muchos civilistas llamará la atención). Es así que el gran jurista español, el Dr. Enrique Mapelli dice al respecto: "Es necesario que, en este punto, nuevamente traigamos a colación razonamientos, ya expuestos anteriormente y que se relacionan con la originalidad del transporte aéreo,

los signos diferenciales que ofrece en cuanto a los otros medios de traslación que le han precedido en el tiempo y la necesidad de que las normas legales que han de regularlo se adecúen necesariamente a éstas particularidades. Pretender. . . aplicar inflexiblemente al transporte aéreo los criterios legales tradicionales, supone tanto como frenar su desenvolvimiento, su desarrollo y aun su existencia".

Alfredo Gildemeister Ruiz Huidobro

Alumno del octavo ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUCP.

- (1) Mazeaud-Tunc: "Responsabilidad Civil" Tomo tercero, Volumen 2, pág. 5. Es pertinente anotar que el art. 23 del Convenio de Varsovia señala como nula y sin efecto toda cláusula exonerativa de responsabilidad por parte del porteador. (N. del A.).
- (2) Mazeaud-Tunc: Ob. cit. Sección I pág. 5.
- (3) Mazeaud-Tunc: Ob. cit. Sección II pág. 97.
- (4) De la Puente y Lavalle, Manuel: "Estudios del Contrato Privado", Tomo I pág. 287.
- (5) Con fecha 26 de diciembre de 1963 se promulgó el D.S. No. 22 (Reglamento de Aeronáutica Civil del Perú) que en su art. 284 manda al Poder Judicial que determine el monto de la indemnización por los daños ocasionados al equipaje cuando no hubiere valor declarado. (N. del A.).

DESAPARICION, DECLARACION DE AUSENCIA Y DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA

Autos y Vistos: Estando al mérito de lo actuado de la prueba instrumental presentada, estando a lo dispuesto por el artículo 29o. del código de procedimientos civiles y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal, se declara ausente a don Marcos Obermaier Serrano, nombrándose como guardadora de sus bienes a su cónyuge Helena Jefferson de Obermaier, quien ejercerá el cargo de acuerdo con las facultades de los artículos 596 y 597 del Código Civil.— Nueve de marzo de mil novecientos setentiocho.— Sergio León Martínez.— Juez.— Suárez Milla.— Secretario.

Autos y Vistos: Estando al mérito de lo actuado y del instrumento de fs. 12, del que se desprende que el ausente Marcos Obermaier Serrano desapareció en circunstancias constitutivas de muerte; y de conformidad con los artículos 611 y 612 del Código Civil: Se declara el fallecimiento legal del referido ausente, ocurrido el 27 de agosto de 1976, así como que ha cesado la curatela de sus bienes, cuyo cargo ejercía su cónyuge sobreviviente doña Helena Jefferson de Obermaier.— Veintiuno de mayo de mil novecientos ochentidos.— Modesta Gonzáles V. de Contreras.— Juez Provisional del 6o. Juzgado en lo Civil de Lima.

Estas resoluciones fueron expedidas durante la vigencia del código de 1936. La primera declara la ausencia de Marcos Obermaier Serrano y la segunda declara el fallecimiento legal del mencionado ausente. Se presentan ambas resoluciones para poder entender mejor el mecanismo que se pone en marcha una vez producida la desaparición de una persona: Desaparición, Ausencia y Muerte Presunta, de allí que estén íntimamente vinculadas.

La forma en que abordaremos la presente reflexión será la siguiente: Primero presentaremos el tratamiento del código civil de 1936 en relación con estas situaciones. En segundo término comenzaremos a analizar la primera resolución deteniéndonos en los conceptos de desaparición y de declaración de ausencia. En tercer lugar pasaremos a comentar la segunda resolución haciendo una descripción de la declaración de muerte presunta. Finalmente y ensayando algunas conclusiones, el último tramo de nuestro análisis será el de una breve exposición del tratamiento que le da el nuevo código civil a estas figuras jurídicas, sin perjuicio de que en las etapas anteriores de nuestra reflexión se hagan paralelos entre el código derogado y el vigente.

No existía en el código civil de 1936 un tratamiento de estas situaciones de tal manera que se apreciara la secuencia lógica que deba seguirse, la cual es: Desaparición, Declaración de Ausencia, Declaración de Muerte Presunta (si no reaparece el ausente). Además el código anterior no hacía una distinción expresa entre la desaparición y la ausencia con la sola excepción del artículo 9o., inciso segundo: art. 9o.: Son absolutamente incapaces: 2. Los desaparecidos cuya ausencia esté judicialmente declarada.

En dicho código se habla de la constitución de una curatela para los bienes del desaparecido o ausentado (artículo 590o. De la Curatela de los bienes). Asimismo dentro del mismo enfoque que es tratar al interior de la curatela de los bienes el término del estado de ausencia, los artículos 611o. y 612o. señalan las causales del fin de la curatela del ausente y la del que desapareció en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, respectivamente. La disposición del artículo 1069, inciso segundo prescribía lo siguiente: "Se inscribirán en el registro personal las resoluciones en que se declare la presunción de muerte de las personas au-

sentes. Finalmente, el código anterior carecía de un tratamiento adecuado respecto a la muerte presunta o como dice la segunda resolución, fallecimiento legal. Sólo el artículo 37o. —como parte de los registros del estado civil— señalaba que en el caso de que sea imposible encontrar o reconocer el cadáver, no se sentará partida sin mandato judicial". La partida normalmente se sienta con la presentación del certificado de defunción, pero ante la imposibilidad de hacer una autopsia se requiere una resolución judicial que declare primero el fallecimiento y posteriormente otra que ordene la inscripción en el registro del estado civil. Como se desprende de lo expuesto, en el código de 1936 en lo pertinente a desaparición, ausencia y muerte presunta no hay una sistematización en su tratamiento, ya que son situaciones que se relacionan una con otra y que requieren un mecanismo expreso y a la vez simple que vaya de la desaparición (estado de incertidumbre inicial), pase por la declaración judicial de ausencia (dirigida a tutelar los bienes del ausente) y finalmente la declaración de muerte presunta (si no aparece transcurridos ciertos plazos). El Código actual sí lo hace de esta manera, en cambio el código de 1936 en lo que se refiere al tema materia de nuestra reflexión parecía estar destinado a peritos, lo cual hasta cierto punto es razonable en función de la especificidad del Derecho; sin embargo se puede lograr como lo ha hecho el código de 1984, una sistematización del tema al interior del Libro de las Personas, respetando las normas pertinentes de la curatela y de los registros, tanto el personal como el del estado civil. El Código derogado habla de las causales del cese de la curatela del ausente, cuando en realidad dentro de un proceso lógico que guarde armonía entre éstas tres situaciones anormales lo propio es señalar a los artículos 611o. y 612o. del código de 1936 como uno de los dos casos en que procede la Declaración Judicial de Muerte Presunta sin que sea necesaria la de Ausencia.

Visto el contexto legal en que se expiden las resoluciones que nos ocupan pasemos a analizar la primera de ellas. Esta declara la ausencia de Marcos Obermaier Serrano, desaparecido el 27 de agosto de 1976 en un vuelo Lima-Maiquetía (Venezuela) de la Cía. Aeronaves del Perú S.A. Dicha persona comandaba la

nave que a pesar de las gestiones efectuadas ante las autoridades competentes de ambos países no pudo ser hallada. La demanda para que se declare la ausencia es presentada más de un año después, el 04 de noviembre de 1977, plazo más que suficiente para que el desaparecido, si es que existe, reaparezca, lo cual por las circunstancias de la desaparición era algo poco probable. Vamos a detenernos en estas líneas, para preguntarnos: ¿Qué cosa es la desaparición? Este es un hecho que no requiere declaración alguna. Es aprehensible por la sola observación y no necesita del transcurso del tiempo, exactamente igual que el nacimiento. La desaparición sólo requiere que simultáneamente no se encuentre la persona en el lugar de su domicilio y que se carezca de noticias sobre su paradero. Romagnoli precisa que la desaparición genera un estado de incertidumbre y de abandono así como de problemas en las relaciones familiares y patrimoniales del desaparecido. Comprobada la desaparición se declara la ausencia, para tal efecto el código de 1936 no señala un plazo, y se procede a nombrar un curador (art. 590o.) Lo pertinente a la curatela se rige por las normas de esta institución del derecho de familia.

¿Qué es la Declaración Judicial de Ausencia? Es una resolución que tiene por efecto principal proteger los bienes del que se le declara ausente y en general de su patrimonio y de aquellos que tienen un derecho expectativo respecto de él. Tiende a facilitar mediante la curatela en el código derogado o mediante la entrega de la posesión de sus bienes a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla, en el código nuevo; todos los actos destinados a la conservación de los bienes y representación del desaparecido. Dice el Dr. Carlos Fernández Sessarego en la edición de "El Comercio" del día 13 de marzo de 1985: "Se trata de tutelar los derechos del desaparecido, los de su familia, los de terceros y los de la comunidad en general".

A propósito de esto último resulta interesante anotar que dentro del código civil español la declaración judicial de ausencia no constituye la primera diligencia judicial en relación con quien se ausenta o se halla en ignorado paradero; pues apenas se produzca la desaparición efectivamente comprobada, a instancia de parte interesada o del Ministerio Público, cabe nombrar un defensor que ampare o represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, salvo estar voluntariamente representado. En la resolución comentada han transcurrido diecinueve meses sin que se haya nombrado un curador siquiera interino. Cabe preguntarse entonces: ¿Qué seguridad y qué resguardo tuvieron los bienes y el patrimonio en general así como la familia del desaparecido durante ese lapso? Evidentemente sólo algunas medidas espontáneas que suelen adoptarse en el ámbito privado cuando se advierte una ausencia extraña y algo prolongada de un miembro de la familia. Recién el 08 de marzo de 1978, fecha de la declaración de ausencia de Marcos Obermaier, se nombra guardadora de sus bienes a su cónyuge. El código civil de 1984 contempla una solución similar a la del código civil español para que en caso de que se den las mismas circunstancias se nombre un curador interino (art. 47) Esta curatela se rige por los artículos 564o. a 618o. en cuanto sean pertinentes (art. 48).

La segunda resolución declara el fallecimiento legal de Marcos Obermaier Serrano. En el Código de 1936 no aparece este término en artículo alguno. Hay dos cuestiones previas: Pensamos que es un término equívoco ya que no es necesario resaltar aquello de "legal" ya que no podría declararse un fallecimiento ilegal. Simplemente debió decir "... se declara el fallecimiento del referido ausente. ...". En segundo lugar somos de la opinión de que cuando el artículo 1069o. inciso segundo señala de que deben inscribirse en el registro personal las resoluciones en que se declare la presunción de muerte de las personas ausentes, se refiere a las resoluciones que declaran el fallecimiento.

Como dijéramos al hablar del error sistemático que contenía el código derogado, las causales de cesación de la curatela de bienes del ausente así como la del que desapareció en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, están contenidas en los artículos 611 y 612, respectivamente, los cuales cita la resolución que comentamos. Insistimos en que más que una cesación de la curatela de los bienes del ausente, es uno de los casos por los cuales cesan los efectos de la declaración de ausencia: la declaración de fallecimiento también llamada fallecimiento judicial pero en términos más idóneos nos inclinamos por la que utiliza el código de 1984; la declaración de muerte presunta. Existen otros tres casos contemplados en el artículo 59 del mismo código.

¿En qué consiste la declaración de muerte presunta? Como todo hecho jurídico, la muerte requiere ser probada para surtir efectos. La declaración de muerte se basa en un certificado médico cuando el cadáver puede ser examinado, con la doble finalidad de asegurar la efectividad del fallecimiento y de comprobar si existe algo anormal en él. La normalidad del reconocimiento determina la autorización del enterramiento; caso contrario, procede la intervención judicial para esclarecer los hechos. En la declaración de muerte del ausente se procede mediante una presunción juris tantum, concretada en la resolución judicial que se emite sólo cuando ha transcurrido un plazo considerable sin tener noticias de la persona declarada ausente e incluso sin necesidad de este requisito como veremos más adelante. Se pone fin así a la presunción de vida, fundándose en el peligro grave para las declaraciones a corto plazo o en el transcurso del tiempo en circunstancias más normales. Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, dice lo siguiente: "hoy los plazos pretéritos para la declaración de muerte orientados hacia las ausencias treintanales o alcanzar la longevidad del nonagenario se han reducido en extremo, básicamente debido al progreso de las comunicaciones, velocidad de los medios de transporte, etc.".

Enseguida analizaremos tal vez el punto más importante de esta segunda declaración: "SE DECLARA EL FALLECIMIENTO LEGAL DEL REFERIDO AUSENTE, OCURRIDO EL 27 DE AGOSTO DE 1976". Esto es inexacto. Si se tuviere la certeza de que el fallecimiento ha ocurrido en la fecha de la desaparición no tendría sentido haber seguido el proceso de declaración de ausencia y ahora el de declaración de fallecimiento. No tendría razón de ser tampoco el plazo de espera que son ahora de dos años en caso de desaparición grave y diez años para los demás

casos. Por lo tanto, la muerte se presume ocurrida AL TERMINO DE LOS PLAZOS INDICADOS, y así lo hará constar la resolución que declara la muerte, salvo prueba en contrario que puede surgir a posteriori, con otros efectos que no son materia de esta reflexión. Sólo a partir de la declaración de muerte es que se abre la sucesión porque, al menos en el plano jurídico, se ha puesto fin a la persona del desaparecido o al ausente, según sea el caso. En el Código Civil español se abre la sucesión pero los herederos no pueden disponer de los bienes a título gratuito hasta pasados los cinco años; reflejándose pues la eventualidad del error y de la "resurrección" del presunto muerto.

Hablar del Código Civil de 1984 y detallar el tratamiento que le da a estas figuras jurídicas resultaría imposible por lo limitado del espacio y además porque el propósito fundamental de esta reflexión ha sido comentar las resoluciones vistas y paralelamente efectuar una comparación de los aspectos más importantes de ambos códigos, el de 1936 y el de 1984.

Desde el punto de vista técnico y sistemático, el nuevo código ha logrado una evidente evolución de estas figuras jurídicas que hoy en día parecen haber cobrado mayor vigencia por diversos motivos que escapan al análisis de nuestras resoluciones.

En primer lugar porque estas situaciones se encuentran incluidas en el Libro de las Personas. El título VI habla de la ausencia en dos capítulos: La desaparición en uno y la declaración de ausencia en otro. Con acierto se hace una distinción de orden técnico entre la desaparición y la ausencia. A diferencia del código derogado, hoy la declaración judicial de ausencia establece la curatela sólo en vía supletoria (art. 50, in fine) ya que en primer término se ordena dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Pensamos que ésta innovación del código actual implica ampliar las facultades del designado por la declaración de ausencia para poseer los bienes del ausente. Antes era un mero guardador de los bienes, ahora tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (arts. 50 y 51). El artículo 63 virtualmente es una repetición del artículo 611 inciso primero del código de 1936: Los efectos de la declaración de ausencia no se prolongan más allá de los diez años a partir de la fecha de la desaparición o si en el estado de la desaparición tuviera más de ochenta años de edad.

El artículo 63 inciso segundo, ha variado en sólo un año menos el plazo para los desaparecidos en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El nuevo código ha agregado un tercer caso: Hay declaración de muerte presunta cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido. Los tres incisos mencionados facultan para que se declare la muerte presunta sin que sea necesaria la de ausencia, de lo cual se deduce que en principio no puede declararse la muerte presunta si es que antes no se ha declarado la ausencia. Se dijo al comienzo del análisis de la primera resolución que la desaparición no requiere de una declaración judicial y siendo la ausencia una desaparición prolongada, el artículo 49 hace bien en señalar el plazo mínimo de dos años para declarar la ausencia. Tal vez la única observación

que formularíamos al código de 1984 en lo referente a la materia comentada sería la siguiente: Si el Código actual no exige declaración judicial para la desaparición, ¿por qué el artículo 2030, inciso segundo, dice a la letra: "se inscriben en el registro personal las resoluciones que declaren la desaparición. . . de las personas"? ¿A qué declaración de desaparición se refiere? Esta norma se encuentra incluida dentro del Libro de los Registros Públicos.

A modo de conclusión, es evidente que si la resolución que declara el fallecimiento legal se hubiese dictado durante la vigencia del actual código, conforme al artículo 63, inciso segundo, no hubiese sido necesaria la declaración de ausencia y por tanto a los dos años de la desaparición en lugar de declararse la ausencia debería haberse declarado la muerte presunta del desaparecido.

Donato Hernán Carpio Vélez

Alumno del octavo ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUCP

