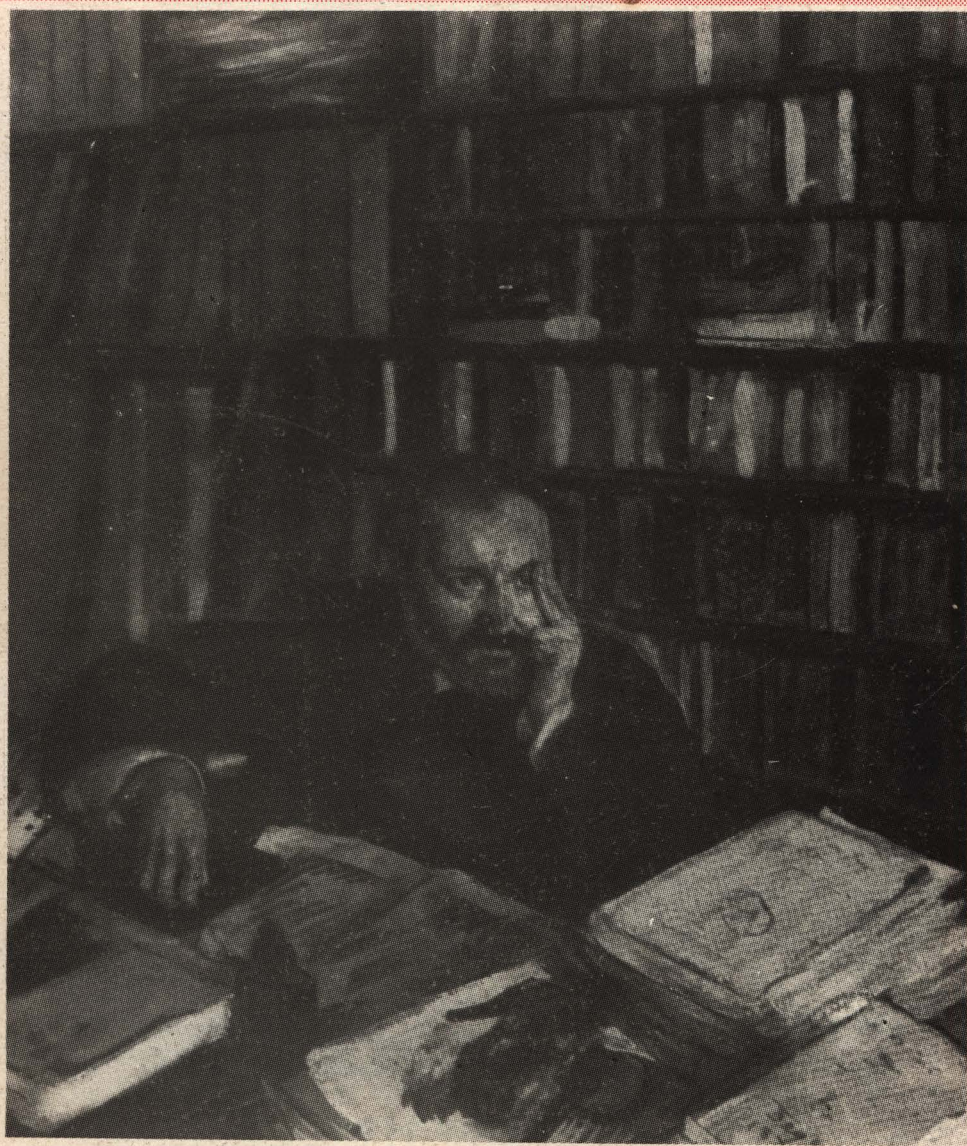


THĒMIS

Revista de Derecho



JORGE AVENDAÑO VALDEZ

MANUEL P. OLAECHEA • DIETER BLUMENWITZ

FREDERICK SNYDER • IGNACIO IZQUIERDO

ANIBAL QUIROGA • LUIS LAMAS

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

ALFREDO GILDEMEISTER

INDICE

3
Presentación
5
Domingo García Belaúnde
Thémis, hace 20 años . . .
9
Dieter Blumenwitz
El Derecho Constitucional a la manifestación pública
17
Frederick E. Snyder
Estado de Sitio y Estado de Derecho en Argentina:
Política y retórica de la reivindicación
27
Ignacio Izquierdo Alcolea
A propósito de la promulgación del Código Civil Peruano
30
Manuel P. Olaechea
El abogado
37
Alfredo Gildemeister M.
El problema aéreo con Estados Unidos:
La Quintas Libertades
40
Aníbal Quiroga León
El Tribunal de Garantías Constitucionales
ante el dilema de ser o no ser
45
Luis Lamas Puccio
Sanción penal y patrimonio cultural
51
Miguel Torres Méndez
El carácter contractual de la prenda y la posibilidad
de ser un contrato de prestaciones recíprocas
57
SECCION COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
José Daniel Amado V.
La conocibilidad del error
59
Jorge Avendaño V.
La posesión ilegítima o precaria
65
Beatriz Boza Dibós
La tradición: elemento necesario y suficiente
para la transferencia de los bienes no registrables
71
Alfredo Bullard G.
¿Es el acreedor prendario poseedor?
73
Fernando Cantuarias S.
Venta de los bienes prendados
78
Víctor Carlos Schwartzmann Larco
Las hipotecas ocultas

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 Ostoja López Alvaro. *Comité de Redacción:* Beatriz Boza D., Miguel Denegri P., Andrés Osterling L., Allan Hennings M., Antonio Piñilla, Italo Muñoz. *Diseño, Diagramación e Impresión:* Imprenta de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula: Edgar Dégas

Publicación de la Asociación Jurídica Thémis
Dirección: Casilla Postal 155 – Lima 18 – Perú.

P R E S E N T A C I O N

Esta edición especial conmemora el Vigésimo aniversario de la aparición del primer número de Thémis. El entusiasmo de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, así como la desinteresada colaboración de profesores, autoridades académicas e instituciones, permitieron que surgiera en nuestro medio una revista de Derecho dirigida por estudiantes. Esta feliz circunstancia se repitió hace dos años cuando se inició la segunda época de la revista. Es justo agradecer en esta oportunidad a quienes hicieron posible la aparición de Thémis y que nos permiten celebrar hoy sus primeros veinte años.

Este número reúne importante material de juristas nacionales y extranjeros, preparado especialmente para Thémis. Así mismo, presenta una nueva sección dedicada al comentario del nuevo Código Civil e incluye valiosas colaboraciones de alumnos de la Facultad.

Coincidiendo con la aparición de esta edición, los miembros del Comité Directivo dejamos nuestra condición de estudiantes y, en cumplimiento de la tradición, debemos ceder nuestros lugares a la siguiente generación. Nos complace afirmar nuestra convicción de que los nuevos directores sabrán mantener el elevado nivel académico que caracteriza a esta publicación. Agradecemos sinceramente a todas aquellas personas e instituciones que hicieron posible nuestra labor al frente de la revista, especialmente a los miembros de nuestro Comité Consultivo, Comité de Redacción y a las autoridades académicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, julio de 1986



BANCO DE LIMA



 Banco Asociado al
CREDIT LYONNAIS

Thémis, hace veinte años...

Domingo García Belaúnde

Co-fundador de THEMIS y
Profesor de Derecho Constitucional
en las Universidades Católica y de Lima.

Con el número cuatro correspondiente a su segunda época, THEMIS conmemora la aparición de su primer número, hace veinte años, en el último semestre de 1965. Por eso es que con motivo de este aniversario, he creído conveniente, y así les ha parecido a los actuales directivos de la revista, hacer una rememoranza de cómo y porqué fue fundada nuestra revista.

Indudablemente, la aparición de una revista hay que situarla adecuadamente en su contexto para ponderar sus méritos y comprender sus limitaciones. De ahí que sea inevitable explicar las circunstancias en las cuales surgió, así como las motivaciones que a ella llevaron.

En los años sesenta, los estudios de derecho de la Católica se llevaban a cabo en la antigua casona de Lártiga, signada con el número 459, que había sido residencia solariega de José de la Riva Agüero y Osma, afamado historiador y literato, benefactor de nuestra Universidad. Quien pretendía obtener el título de abogado, debía ingresar a la Facultad de Letras, en aquel entonces ubicada en un antiguo local de la Plaza Francia (luego demolido y reemplazado por el moderno local central de la librería Studium) para posteriormente,

tras dos años de estudios, ingresar a la Facultad de Derecho, distante a tan solo unas cuadras, en línea recta, del recinto de humanidades. En total, con los dos de Letras y los cinco forzosos de Derecho, la carrera de abogado tenía un mínimo de siete años de duración. Los currícula existentes en aquel entonces, así como los métodos de investigación y de enseñanza, eran prácticamente los mismos desde la fundación de la universidad.

En 1963, cuando algunos de nosotros ingresamos a Derecho, era Decano de esa Facultad el Dr. Raúl Ferrero Rebagliati, quien tenía a su cargo las cátedras (así se llamaban entonces) de Teoría del Estado y Derecho Constitucional y Derecho Internacional, al principio y fin de la carrera respectivamente. Los cursos eran anuales; los exámenes finales se tomaban en forma oral y la asistencia a clases era rigurosamente controlada; infaltable saco y corbata eran exigidos a sus alumnos. En la Secretaría se desempeñaba, hacía algunos lustros, un personaje singular y de gran calidad humana: Javier Kiefer-Marchand. El se preocupaba, todos los años, de editar la revista **DERECHO**, por él fundada en 1944, y que entregaba a los alumnos al momento de la matrícula, en el mes de marzo de cada año.

La revista era un volumen grueso, de tosca presentación, impreso en papel bulky, con tradicional carátula blanca con letras rojas. Al igual que el ambiente, era fría y distante; en ella no se recogía ningún eco de la vida estudiantil, menos aún colaboraciones de alumnos (salvo casos de excepción, que no hacen más que confirmar la regla). El mundo académico era igualmente distante y formal. Si bien existían relaciones cordiales entre alumnos y profesores, lo cierto es que el ambiente no dejaba de ser almidonado: lo certificaba no sólo la estructura arcaica de su revista, sino su manejo administrativo, y en general todas las actividades de la Facultad. Este ambiente no cambió en 1964, cuando Ferrero terminó su período y Jorge Avendaño le sucedió, pues la reforma iniciada por éste último demoraría en implementarse, y de hecho, sus primeros pasos sólo se dieron en 1968, cuando los fundadores de THEMIS habían egresado de la Facultad.

En ese ambiente se tuvo la idea de fundar una revista de y para alumnos, aún cuando sin descuidar la participación de profesores de la Facultad y de fuera de ella. Creo que a quien primero comuniqué esta idea fue a mi compañero de clase Luis P. Stucchi Díaz, quien habría de ser mi gran colaborador en estos afanes. Más tarde, conversé sobre lo mismo con otro compañero de carpeta; Jaime Thorne León. Como en esos días me encontraba leyendo el libro de Julien Bonnet "La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil" y el entonces reciente de Antonio Gómez Robledo "Meditación sobre la Justicia" pensé de inmediato que nuestra revista se debía llamar THEMIS; en recuerdo de la famosa revista fundada por Athanase Jourdan en la Francia decimonónica, y en homenaje a la diosa griega del Derecho. Mucho más tarde descubrí que en Barcelona se editaba una revista con el nombre de *Témis* (sin la h intermedia) y que existía una librería y editorial jurídica colombiana que también se llamaba *Témis*; posteriormente, comprobé que una importante colección dirigida por Maurice Duverger y editada por Presses Universitaires de France, se llamaba *Thémis*, igual que nuestro proyecto. No estábamos, pues, en mala compañía....

El primer problema que había que abordar era el de la organización de la revista. Desde un primer momento pensé que la directiva debía estar integrada únicamente por alumnos, y de ser posible, que ellos representasen a los cinco años de la Facultad, en un número no mayor de 2 por cada año de estudios (lo que hacía un máximo de 10 personas y un mínimo de 5). Creo que esto se obtuvo, y así en el primer número aparecieron en la directiva Luis P. Stucchi Díaz, Jaime Thorne León, Baldo Kresalja Roselló, Miguel Vega Alvear, Enrique Gómez Ossio, Augusto Durand Palacios, Luis Arbulú Alva y yo. Los números siguientes trataron de observar, en la medida de lo posible, este criterio, y así fueron incorporándose en los años sucesivos, otros alumnos que

más tarde han destacado en la profesión y en la docencia (Jorge Vega Velasco, Antonio Kuljevan Pagador, Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea, Jack Batievsky Spack, Fernando Peña Neves, Jorge Dajes Fleishman, Jaime Mur Campoverde y César Alcorta).

Un segundo punto importante era la impresión de la revista. Al principio, y en vista de anteriores experiencias pensé sacar la revista a mimeógrafo. Pero Jaime Thorne discrepó frontalmente, sugiriendo una revista en imprenta y ofreciéndome la colaboración de diversos grupos económicos vinculados a él y que cumplió con largueza; más tarde, otros miembros de la revista aportaron avisaje y recibimos otro tipo de colaboraciones, las cuales han quedado registradas en cada número de la revista.

El Decano Jorge Avendaño nos prestó su apoyo; a la distancia, nos animó mucho Fernando de Trazegnies, entonces en Francia, y a quien su cuñado Jaime Thorne León había escrito, dándole cuenta del proyecto y pidiéndole su colaboración (la que hizo efectiva a partir del segundo número). La carátula trató de ser ágil pero sobria, y el logo lo realizó un dibujante, cuyo nombre no recuerdo, por especial pedido de Luis Arbulú. El primer número tuvo colaboraciones de alumnos (Stucchi, Miguel Vega, Ignacio Basombrío y mío); de profesores de la Facultad (Ferrero, Avendaño y Osterling), así como una entrevista al Presidente del Centro Federado de Derecho, Ramón Pérez Prieto. Más tarde, este panorama se amplió e incluyó trabajos de profesores extranjeros, jueces o juristas, a los cuales incluso se tradujo especialmente (Kelsen, Del Vecchio, Earl Warren), así como documentos de interés, reportajes, etc.

Demás está decir que nuestra revista fue muy bien acogida por el estudiantado. Con el mismo espíritu y con metas de progreso, fuimos elaborando y publicando los sucesivos números 2, 3, 4 y 5. En marzo de 1967, fundamos la Asociación Jurídica THEMIS, para situar la revista dentro de un cuadro más amplio de actividades que por entonces iniciamos, y que no es del caso explicar aquí. La revista era así, una publicación de la Asociación, y estatutariamente debía estar dirigida siempre por alumnos. De esta suerte, los fundadores de THEMIS, que ya habían salido o que terminaban ese año sus estudios, quisieron dejar constancia de su reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, dejando la revista en manos de sus mismos alumnos. Después salieron dos números más, el 6 y 7 (este último en 1969), que fueron los últimos.

Nuestro esfuerzo, sin lugar a dudas, impactó y dejó huellas. En 1969, con Luis Carlos Rodrigo y Baldo Kresalja viajamos a la Universidad de Wisconsin, dentro del programa auspiciado por la Fundación Ford y con el apoyo de la Escuela de Derecho de esa universidad norteamericana. Allí pudimos co-

nocer cómo eran y como funcionaban las revistas jurídicas editadas por las Escuelas de Derecho de las principales universidades de los Estados Unidos y tomamos contacto con los editores de la revista local, esto es, la *Wisconsin Law Review*. Grande fue nuestra sorpresa al descubrir que estas revistas jurídicas eran dirigidas por los mejores alumnos de la Facultad con la más absoluta autonomía. Redactamos un informe detallado sobre esta realidad y lo entregamos al Decano, en la visita que nos hizo en el mes de Julio de 1969. En esa oportunidad adelantamos la idea de introducir una reforma en el manejo de la revista de la Facultad, con una eventual fusión de *THEMIS* y *DERECHO*. Es así, que la nota del Editor del número 29 de *DERECHO*, correspondiente a 1971, anunciaba la publicación del último número de *DERECHO*, su fusión con *THEMIS* y el nacimiento de una publicación distinta con nuevo nombre, cuya dirección compartirían profesores y alumnos paritariamente. Este anuncio, aparentemente tan sorpresivo, tenía sus antecedentes en un acuerdo adoptado meses atrás y promovido por nosotros. Varios habían sido las razones que nos llevaron a ello: a) la necesidad de no distraer esfuerzos con la publicación simultánea de dos revistas; b) institucionalizar el diálogo y la colaboración entre alumnos y profesores; c) reconocer una realidad palpable cual era la existencia de una vigorosa publicación estudiantil; d) la búsqueda de un nombre distintivo para la nueva publicación (el nombre *Derecho*, como es sabido, no sólo es genérico sino de uso muy extendido a nivel de revistas jurídicas en castellano).

El referido acuerdo fue adoptado por las autoridades. Pero no lo fue en forma unánime. El Decano Avendaño discrepó de este planteo, y más bien fue Felipe Osterling, que le sucedería en el Decanato, quien nos ayudó, respaldado por Rodrigo. Aprobada la fusión, quedó postergada tan sólo su implementación, para la cual era aspecto importante no sólo la designación de los alumnos que participarían en la dirección, sino el nombre de la nueva publicación. Por razones que no es del caso exponer ahora, los directivos de *THEMIS* de aquel momento, quizá por hallarse envueltos en otros menesteres, descuidaron este importante aspecto, lo que a la larga hizo inoperante el acuerdo de fusión.

Por otro lado Kresalja y yo consideramos que como profesores de la Facultad, no podíamos seguir

empujando la implementación de este acuerdo, pues no era dable actuar en ambos lados. Ante esta situación y en vista del tiempo transcurrido, *DERECHO* continuó publicándose y así apareció a los pocos meses el número 30 (correspondiente a 1972), el cual, sin mencionar la anterior nota de fusión, recogía sin embargo la esencia del acuerdo, declarando que la revista sería dirigida en adelante en forma compartida por alumnos y profesores. Y así ha continuado hasta ahora...

Durante algún tiempo pensé que fue una lástima que no se concretase la fusión, porque adicionalmente nuestra revista dejó de salir poco después. *DERECHO* continuó su propio camino, y es evidente que ha cuidado y mejorado no solamente su presentación —que casi no ha variado en los últimos años— sino que ha conservado un nivel académico que la hace fuente de consulta indispensable en nuestro medio jurídico. Pensamos, sin falso orgullo, que en algo *THEMIS* contribuyó a esta mejora, palpable a quien compare los números editados en la década del 70, con los publicados diez años atrás.

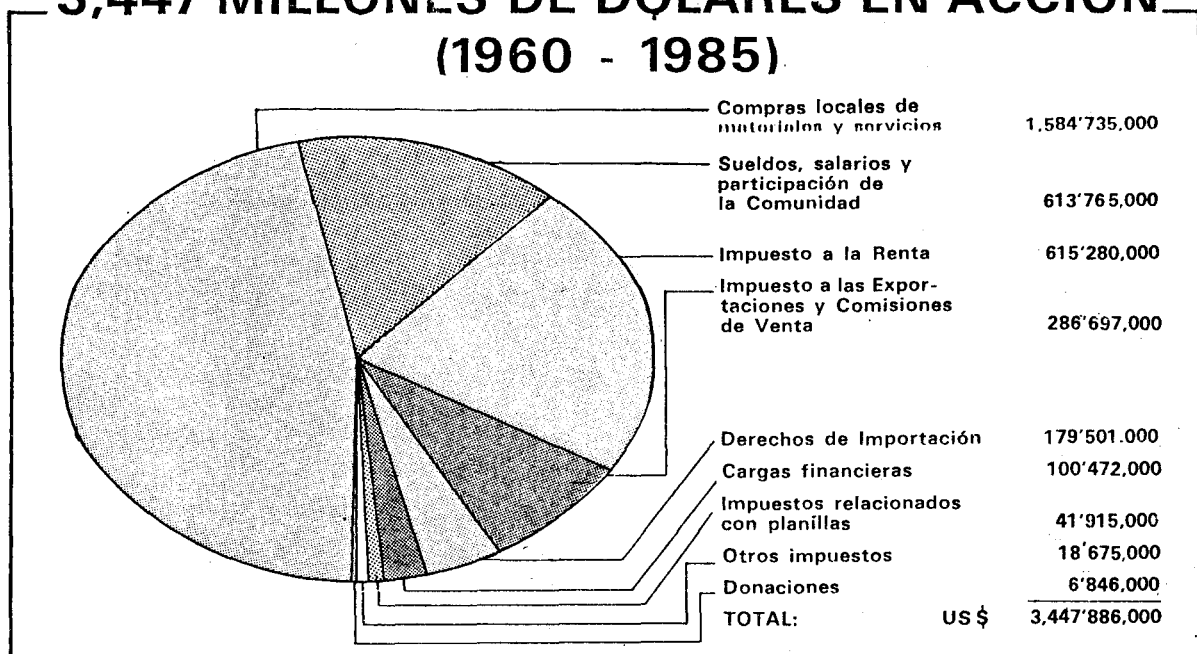
Varios años después, fui visitado por un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Católica que me hablaron sobre su interés en resucitar *THEMIS*, a través de una segunda época. Les conté mis recuerdos, nuestros ideales y mis puntos de vista sobre la revista. Yo estaba un poco escéptico ante tanto entusiasmo, pero pronto lo disipé cuando vi en circulación el primer número de esta segunda época, publicado en junio de 1984. A decir verdad, fue para mí una agradable sorpresa esta inquietud estudiantil, que luego se plasmó en papel y tinta, y más aún si se tiene en cuenta que en lugar de buscar otro nombre para iniciar una nueva publicación, decidieron rescatar algo que había surgido casi veinte años atrás, para continuarlo con nuevos bríos.

Cuando apareció el primer número de la segunda época, me creí en la obligación de convocar a todos mis antiguos compañeros y colaboradores de *THEMIS* para comentar la nueva publicación. Constatamos que se trataba de un gran esfuerzo, que había superado largamente nuestros modestos inicios. Por eso es que ahora, al cumplirse veinte años desde que apareció el primer número de *THEMIS*, quiero felicitar a sus actuales directivos; y renovarles mi gratitud y mis esperanzas.

COBRE

ES IMPULSO A LA ECONOMIA

**3,447 MILLONES DE DOLARES EN ACCION
(1960 - 1985)**



Demostrando fe y confianza en el país, Southern Perú:

- Ha invertido directamente 1,100 millones de dólares.
- Ha aportado a la economía nacional más de 3,447 millones de dólares en impuestos, compra de bienes y servicios, sueldos y salarios y otros pagos en el Perú.
- Ha entregado más de 3,290 millones de dólares al Banco Central de Reserva, en los últimos diez años.

SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION

Toquepala - Cuajone - Ilo

El Derecho Constitucional a la manifestación pública *

Prof. Dr. Dieter Blumenwitz

Catedrático Principal de Derecho Constitucional de la Universidad de Würzburg. Director del Instituto de Derecho Internacional, Derecho Europeo y Derecho Económico Internacional de la RFA.

Berlín con motivo de la visita del Presidente Norteamericano Ronald Reagan se vió sumido en serios disturbios. El partido "Lista de Alternativa" (LA) había convocado a una manifestación, pese a que ésta había sido prohibida el día anterior por el Tribunal competente. Los integrantes de la LA se declararon partidarios del incumplimiento de la prohibición, incluso luego de haber evidenciado sus deplorables consecuencias. La LA se consideró con derecho a declarar públicamente durante la visita del Mandatario Norteamericano que "habían quienes se oponían".

Así un partido político representado en el Parlamento y cuya tarea de acuerdo a la Constitución Federal Alemana consiste en "tomar parte en la formación de la voluntad política del pueblo alemán", se opuso manifiesta y abiertamente a una medida adoptada por la autoridad administrativa y ratificada por el órgano judicial, enfrentándose en esa medida al ordenamiento democrático de la República Federal.

En esas circunstancias la Fiscalía berlinese evaluó si los sangrientos sucesos infringían la Ley de Reunión, y si procedía el levantamiento de la inmunidad parlamentaria en caso representantes de la LA estuvieran involucrados en ellos —cosa que, como es evidente, competía exclusivamente al Parlamento berlinés—. Asimismo, era de sumo interés establecer si podía responsabilizarse a los autores intelectuales —ciertamente fáciles de ubicar— por los excesos cometidos por los miembros de la LA.

Tras el llamado veredicto Mahler de la Corte Suprema alemana basta la "mera participación intelectual"

para acreditar complicidad y exigir responsabilidad. En el caso de una huelga ilegal, el Tribunal Federal de Trabajo responsabilizó al sindicato por los destrozos causados; pese a que éste no participó directamente en la huelga, había facilitado "fondos de apoyo" a los huelguistas, reforzando en esa medida su voluntad de lucha reivindicativa. En el caso de la huelga de los pilotos aéreos, la Corte Suprema responsabilizó a la asociación de pilotos debido a que "con sus manifestaciones públicas apoyó en mayor o menor grado la acción de los huelguistas, contribuyendo en esa medida a un grave perjuicio".

Sírvanos los ejemplos citados para visualizar los problemas que suscita en la actualidad el derecho constitucional a la manifestación pública.

I. FUNCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE MANIFESTACION

1. La Constitución de la RFA no menciona expresamente el derecho a la manifestación pública, constituye un aspecto de la libertad de reunión: "Todos los alemanes tienen —señala el primer párrafo del Art. 8— el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas sin autorización o solicitud previa". Esta disposición rige tanto para las reuniones públicas como privadas. La manifestación es una reunión pública, que por norma se realiza al aire libre; el derecho a la manifestación puede, por tanto, "ser restringido por ley o en base a ella", tal como lo señala el segundo párrafo del Art. 8¹. La restricción "por ley" significa que el derecho a la manifestación, que en principio es libre, se ve limitado por una disposición legal, tal como ocu-

* Reelaborado por Beatriz Boza, miembro del Comité de Redacción de THEMIS, con autorización del autor.

1. En forma similar, por ejemplo, el Art. 2, inc. 10 de la Constitución Política del Perú promulgada el 12 de julio de 1979 prescribe que "toda persona tiene derecho a reunirse sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocaran en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado de la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o sanidad públicas". Asimismo, del Art. 19, párrafo 13 de la nueva Constitución de Chile, del 11 de setiembre de 1980, garantiza a todos el derecho a "reunirse pacíficamente sin autorización previa y sin armas. Las reuniones a celebrarse en plazas, calles y otros lugares que sirvan al tránsito público, se rigen por las normas policiales correspondientes".

re a través de las así llamadas leyes de limitación de arrabal, destinadas a proteger las decisiones parlamentarias de la "presión de la calle"².

"Restricción en base a una ley" significa que cualquier intervención estatal en el campo de libertad del derecho a la manifestación pública —especialmente la intervención policial contra los manifestantes— requiere de un fundamento legal. El fundamento legal más importante para tales intervenciones es la Ley de Reunión, reiteradamente alterada, que se dictó el 24 de julio de 1953³.

2. El Art. 8 de la Constitución alemana no constituye, sin embargo, la única norma constitucional que rige la libertad de manifestación está plasmado en diversas normas constitucionales; por ejemplo, está arraigado en el derecho al libre despliegue de la personalidad. Una de las esferas medulares de la manifestación pública se ve garantizada por la incuestionabilidad de la dignidad humana, tal como lo expresa el primer párrafo del Art. 1 de la Constitución, ya que la persona no es un individuo aislado, sino que se desenvuelve en comunidad con otras personas a través de un actuar colectivo.⁴ Queda en duda, sin embargo, si el derecho a la manifestación forma parte de la "esfera medular de la libertad de reunión" excluida de enmiendas constitucionales (Art. 79, inciso 3)⁵. El derecho a la manifestación constituye, en principio, un "derecho de comunicación"; complementa el derecho a la libertad de expresión así como a la libertad de información (Art. 5, inc. 1 de la Constitución Federal), a la libertad de credo y culto (Art. 8 inc. 1), mediante los cuales se garantiza su ejercicio⁶, cumpliendo también una función complementaria⁷.

La formación de la opinión pública y con ello también la deformación de la voluntad política en el ordenamiento democrático, presuponen una comunicación entre los individuos, que se materializa fundamentalmente a través de reuniones. Con

esto, la libertad de reunión adquiere en el contexto del ordenamiento parlamentario-democrático la importancia de un derecho fundamental constitutivo de la Democracia⁸. El efecto de la expresión de opinión se potencia, a través de la actuación conjunta, en un eficiente medio de lucha política, que en estos últimos tiempos ha vuelto a desempeñar un papel significativo en la solución de conflictos. El derecho a la manifestación pública confiere validez a las demandas políticas, incluso más allá de las estructuras e instituciones que canalizan la voluntad política, como son los partidos, el Parlamento o el Gobierno.

Las manifestaciones a cielo abierto son formas de expresión de la voluntad social y, especialmente, política. Con ello, el derecho a la manifestación ofrece en igual sentido una posible influencia pública sobre el proceso político, la posibilidad de desarrollar iniciativas y alternativas pluralistas, así como de crítica y protesta. El derecho a la manifestación pública contiene pues algo de democracia no mediaticada, una democracia que parece "no domada", no realizada por el Estado partidario. El derecho a la manifestación pública constituye uno de los elementos esenciales del carácter "honesto" del proceso democrático y también apropiado para salvaguardar el quehacer político del anquilosamiento y de la rutina. Permite, específicamente, que los grupos menos privilegiados, carentes de organizaciones influyentes y medios de comunicación masiva, conciten la atención sobre sus puntos de vista.

3. La participación en el proceso político, perseguida mediante el derecho a la manifestación pública, puede dirigirse contra las fuerzas establecidas, sin que por ello, el derecho a la libre manifestación se convierta en un "derecho a la revolución"⁹, constituye más bien una válvula de seguridad del proceso democrático que permite eliminar determinadas presiones sin amenazar el complicado engranaje del Estado o acumular energía revolucionaria destructiva.

2 Cfr. p. ej. con la "Ley de Barrios Marginales" del 6-8-1955. Véase también Herzog: "Die Einschränkung der Versammlungsfreiheit durch Gesetzgebung und Verwaltung", en BayVB 1-1968.

3. BGBl, pág. 684. Otro ejemplo es la ley destinada a garantizar la paz olímpica del 31-5-1972 (BGBl, 1972, pág. 865) y la enmienda del 25-7-19. Rupprecht: "Normen zum Schutz der Olympischen Spiele", en: Die Polizei, 1972, pág. 174.

4. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz: "Grundgesetzkommentar", Art. Rdnr. 2, 4 y 10.

5. Según el Art. 18 de la Constitución alemana, los derechos adquiridos merced al Art. 8 de la misma "caducan" si se "abusa de ellos luchando contra el orden democrático liberal fundamental", para lo cual se requiere, eso sí, un veredicto del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales. En contraposición con numerosas Constituciones extranjeras (cfr. p. ej. Art. 231 de la Constitución Política del Perú, o Art. 39 y 24 de la Constitución chilena) las disposiciones sobre el Estado de Emergencia en la Constitución alemana no contemplan una restricción específica de la libertad de reunión. También durante los estados de emergencia habrá de recurrirse a las disposiciones legales convencionales. El Art. 9, inc. 3 de la Constitución de la RFA privilegia la lucha obrera, pero no la huelga política.

6. Cfr. von Münch, en: "Grundgesetz-Kommentar", Art. 8, 2a. ed., 1981.

7. Cfr. Hesse: "Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD", No. 12 I, 7a.

8. BVVerfGE 7, 199.

9. Hannover: "Demonstrationsfreiheit als demokratischer Grundrecht", en KJ 1968, pág. 51 y ss.; Zeidler: "Aussenparlamentarische Bewegungen, Demonstrationsrecht und Widerstand", en: Das Recht auf Demonstration— Schriften zur Bundeszentrale für politische Bildung 1969, pág. 3 y 11.; H. Vogel: "Demonstrationsfreiheit und ihre Grenzen", en: Das Recht auf Demonstrationen, pág. 15 y 22; P. Schneider: "Demokratie in Bewegung— Probleme der Versammlungsfreiheit", en: "Festschrift für Mühlmann", 1969, pág. 249 y ss. También, Ott: "Die Versammlungs— und Demonstrationsfreiheit", en: Perles (ed.) Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979.

Sin embargo, en la "democracia original, no domada y no mediatizada"¹⁰, que se exterioriza a través de la libertad de manifestación, se oculta también el riesgo de la degeneración del derecho fundamental, sobre todo cuando no se respetan sus límites. La posible perversión de la libertad de manifestación surge cuando ésta es manipulada por elementos extremistas, que requieren de los "tontos útiles" como telón de fondo en momentos en que las discusiones se reducen a lo meramente panfletario; o durante los complejos procesos de asignación de recursos y toma de decisiones, tan característicos de nuestra moderna sociedad tecnocrática, en que la exacerbación de emociones incontrolables racionalmente, pueden conducir a la violencia.

Los Estados totalitarios a su turno también manipulan las manifestaciones públicas; las manifestaciones masivas son utilizadas muchas veces como aparato de aplauso para el régimen. La canción de los nacionalsocialistas "despejad las calles para los batallones pardos" recuerda, no sin dolor, que una opinión pública bien dirigida permite atropellar y acallar la opinión de "los otros", por más respetable que ésta sea.

II. EL DERECHO A LA MANIFESTACION PUBLICA Y EL ORDENAMIENTO CIVIL EN EL ESTADO DE DERECHO

1. De acuerdo al precitado Art. 8 de la Constitución de la RFA, la libertad de manifestación no pertenece a cualquiera sino solamente a los alemanes (Art. 116 inciso primero).

a) La Constitución alemana no le garantiza a los extranjeros ni, en particular, a los numerosos trabajadores extranjeros que laboran en la República Federal el derecho de manifestar. La libertad de reunión, y con ello también la de manifestación pública, emana para los extranjeros del Art. 1 de la Ley de Reunión y del Art. 11 de la Convención Europea para los Derechos Humanos¹¹. Respecto del derecho a la mani-

festación aún no se forma una regla general de derecho internacional en el sentido del Art. 25 de la Constitución alemana¹², a la que cabría conferir rango constitucional. Las restricciones y prohibiciones a las reuniones e los extranjeros están consagradas en la Ley de Extranjería¹³. No es factible, empero, una prohibición general de las manifestaciones políticas dirigida contra un grupo de extranjeros residentes en la República Federal, ya que esto implicaría una violación de la Ley de Reunión¹⁴.

b) Los menores de edad también pueden alegar el derecho constitucional de la libertad de reunión, siempre que la finalidad perseguida mediante dicha reunión corresponda a su grado de madurez espiritual¹⁵. Así, por ejemplo, pueden organizar una manifestación contra el alza de los pasajes escolares. Cabe señalar, sin embargo, que según lo dispuesto por el Art. 7, inciso 1, de la Constitución la asistencia escolar obligatoria antecede al derecho de manifestar¹⁶.

c) También las personas jurídicas (Art. 19) pueden invocar este derecho, lo que resulta de particular importancia para la organización de actos públicos.

2. El "reunirse" implica, en su aceptación generalizada, la concurrencia de varias personas a un lugar¹⁷.

a) La manifestación es una forma especial de reunirse, y según la Jurisprudencia, es la "comunicación de una opinión respecto de asuntos públicos"¹⁸. En principio se trata de un subcaso de reuniones al aire libre¹⁹. Los Arts. 14 y ss. de la Ley Federal de Reunión hablan en este contexto de "desfile". Un desfile, procesión o concentración es una "reunión que se desplaza al aire libre". La forma del desplazamiento carece de importancia. Una reunión en desplazamiento puede transformarse en una detenida y viceversa²⁰. La distinción entre una reunión en ambiente cerrado y una al aire libre no radica en el peligro de "mojarse bajo la lluvia", sino que la comu-

10 Cfr. Caso Brokdorf, fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales de la RFA del 14.5.1985 en NJW 1985 pág. 2395 y ss (pág. 2396 se cita a Blumenwitz "Versammlungsfreiheit und polizeiliche Gefahrenabwehr bei Demonstrationen", en Festschrift für Samper 1982, pág. 132).

11. Convención para la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del 1 de noviembre de 1950. El primer párrafo dice: "Todos los hombres tienen el derecho de reunirse libremente"...

12. Cfr. von Münch, op. cit., 38; Ott: "Comentario a la Ley de Asociación y Manifestación Pública" (1969), pág. 18.

13. BGBl 1965, 1,5 Cfr., p. ej., No. 6, p. ii y op. cit. Münster, DVBl, 1966, 118.

14. Cfr. Op. cit. Münster con anotaciones de Kösel (Prohibición para manifestaciones de estudiantes iraníes en la RFA, con motivo de la visita del Sha). También la imposición de arresto domiciliario para ciudadanos afganos, con ocasión de la visita de Leonid Brezhnev a la RFA en noviembre de 1981. Véase, Bayer: "Staatsbesuch und politische Demonstration", en DöV 1968, 709

15. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog, op. cit., pág. 17.

16. Cfr. detalles en Perschel: "Demonstrationsrecht und Schulbesuchspflicht".

17. Cfr. p. ej. Frowein: "Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht", en NJW 199, pág. 1081, y ss. La llamada "manifestación individual" no constituye, por eso, manifestación (Art. 8) sino mera ratificación de opinión. Véase Geck: "Respecto del concepto de reunión según el Art. 8 de la Constitución de la RFA", en: DVBl 1980, pág. 797 y ss.; Maunz: "Massendemonstration und Einzeldemonstration", en BayVBl 1971, 97 y ss.

18. BayOBLG en BayVBl 1970, pág. 115.

19. Véase Crombach: "La reunión pública al aire libre", 1976.

20. Cfr. Füsslein: "Vereins- und Versammlungsfreiheit", en: GRell, pág. 425 y ss; Dietel-Gintzel: "Demonstrations- und Versammlungsfreiheit", 6a. ed. 1976.

nicación con el "mundo de afuera" hace que la reunión al aire libre pueda ser interrumpida y, a la vez, que se torne peligrosa²¹.

b) No toda aglomeración de personas es una reunión. Sólo habrá una reunión, en términos del derecho fundamental, cuando dicha reunión persiga un fin común, para cuyo logro los participantes se congregan no sólo espacialmente sino que se aglutinan interiormente, separándose de otros. Esto no excluye, empero, que una aglomeración casual de personas pueda adquirir características de una reunión, pues el inciso segundo del Art. 8 de la Constitución alemana, no sujeta —a diferencia de la Ley de Reunión²²— la reunión al aire libre a una planificación u organización. Por eso, la "reunión espontánea", es decir, aquella que de haberse anunciado se habría tergiversado o perdido su sentido, goza también de protección constitucional²³.

Las concentraciones que siguieron al asesinato del Presidente Kennedy o a la invasión de Checoslovaquia por fuerzas soviéticas fueron reuniones espontáneas. Queda por esclarecer si las "discusiones" suscitadas inmediatamente después de choques con las Fuerzas del Orden constituyen reuniones espontáneas²⁴.

3. La libertad de reunión encierra la de organización —tratándose de reuniones organizadas, la respectiva invitación y organización del acto—, la de participación y la de dirección²⁵. El organizador decide libremente si la reunión será pública o privada.

Las reuniones al aire libre —especialmente las manifestaciones— son generalmente públicas²⁶, de modo que resulta difícil excluir de las mismas desde el principio a determinados grupos de personas. Cabe destacar, que es prohibido interrumpir una mani-

festación mediante una contramanifestación; ésta no podrá invocar el derecho fundamental a la libertad de reunión pues lesiona derechos de terceros²⁷.

4. Actualmente, uno de los problemas principales de la libertad de reunión en el Estado de Derecho democrático estriba en el transcurso pacífico del acto. Cabe preguntarse si, por ejemplo, la tan propagada "resistencia pacífica" o la llamada "violación parcial de la legalidad" son clasificables como actos pacíficos.

a) El Art. 8 de la Constitución alemana sólo consagra el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Dado que el reunirse está caracterizado por una forma externa y por una finalidad, la exigencia de "pasividad" debe referirse tanto al comportamiento (o forma externa de la reunión) como al fin mismo de éste.

b) El concepto de "carácter pacífico" de una reunión no está lo suficientemente delimitado como para que su interpretación importe una restricción a la libertad de reunión. La Constitución alemana no define el concepto de "manifestación pacífica"²⁸; su interpretación histórica tampoco aporta nuevas luces²⁹. De allí que en la práctica se recurra con frecuencia a la determinación conceptual del propio legislador ("transcurso violento y sedicioso", cfr. Ley de Reunión). Desde el punto de vista metodológico esto es cuestionable, ya que implica medir la Constitución como ley de mayor rango con la vara del Derecho común (Derecho de Reunión, Derecho Penal, etc.)³⁰. Me parece apropiado determinar con exactitud el alcance de este término no bien definido en el contexto constitucional. Destaca la estrecha relación entre la libertad de reunión (Art. 8) y la libertad de opinión (Art. 5) que, entre otros, otorga por ejemplo los criterios necesarios para la

21. Cfr. Frowein, op. cit., pág. 1083; también BVerwGE 26, 137

22. El No. 14 dispone notificación previa para todas las reuniones al aire libre; de acuerdo al No. 15 cabe disolver la reunión si no se cumple con esta condición.

23. Cfr., p. ej., Maunz-Dürig-Herzog, op. cit. y Münch, así como Mangoldt-Klein. Así mismo el fallo del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales en el Caso Brokdorf del 14.5.1985, en NJW 1985, pág. 2395 y ss (2397 y ss). Respecto de las llamadas "Reuniones rápidas por motivo actual", véase OLG Karlsruhe DöV 1976 con notas de W. Wagner.

24. Al respecto, Frowein, op. cit., pág. 1082; Wedke: "Das Dilemma der Anmeldepflicht im Versammlungsgesetz".

25. Cfr. detalles en No. 7 de la Ley de Reunión; para los partidos políticos rige el No. 9 de la Ley de Partidos. El derecho de participación de los individuos no significa que éstos posean derecho a una irrestricta participación activa en la misma. Cfr. Maunz-Dürig-Herzog, op. cit., von Münch, op. cit.

26. Una reunión al aire libre no es pública, "cuando, por voluntad del organizador, el círculo de participantes individualmente escogidos, no habrá de ser ampliado y no podrá ser ampliado por personas que no pertenezcan al grupo", BayOBLGSt N.F. 15, pág. 155 (Liga de la Juventud fiel a la Patria).

27. Cfr. detalles en VG Köln NJW 1971, pág. 210 y ss. Respecto de contramanifestaciones con ocasión de las manifestaciones del Partido Nacionalista, véase Schmidt-Jortzig en Jus 1970, pág. 507 y ss. También W. Hoffmann: "Inhalt und Grenzen der Demonstrationsfreiheit nach dem Grundgesetz", en Jus 1967, 18 y 22.

28. No se puede recurrir a los preámbulos de la Constitución de la RFA ni al Art. 26, de la misma, ya que tratan en principio de la libertad externa.

29. La fórmula "pacífica y sin armas" la encontramos en la Constitución de la Catedral de San Pablo, del 28-3-1849. Cfr. también Art. 20 de la Constitución de Prusia, del 31-1-1850.

30. Véase fundamentalmente Leissner: "Von der Verfassungsmässigkeit der Verfassung" (1964), pág. 33 y ss.; Majewsky: "Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzrecht?" (1971). Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales de la RFA puede partirse de una "mutua interacción" interpretativa de las normas constitucionales y legales debido a la necesidad de determinar conceptos constitucionales complejos mediante las leyes. Cfr. BVerfGE 20, 162 (177); 21, 271 (281, 287 y s.); 33, 52 (69 y s.); 34, 384 (401).

clasificación de las obstrucciones callejeras y demás modalidades de la "resistencia pacífica". Para la pregunta de si la resistencia pacífica (por ejemplo, durante el bloqueo de carreteras y vías aéreas, centrales nucleares e instalaciones purificadoras de aguas servidas y reducción de desperdicios nucleares) debe ser considerada violenta en el sentido del Art. 8 de la Constitución federal³¹, resulta de gran importancia que el derecho de manifestación, en cuanto proceso de expresión de opinión y recepción de opinión colectiva, apunta a la lucha espiritual de las opiniones. A esto no se opone que la manifestación también actúe por el sólo hecho de que la gran cantidad de individuos participantes se apropien de su contenido³². El empleo del cuerpo también puede ser un medio de expresión de opinión; de allí que no necesite ser per se violento en el contexto de una manifestación³³.

Cabe preguntarse, por ejemplo, si una huelga en la que los huelguistas se sientan sobre los rieles del tranvía como expresión de protesta por el alza de las tarifas del mismo, es pacífica o violenta; esto depende, en última instancia, de un asunto más complejo: fue, acaso, ese procedimiento necesario para crear la posibilidad de una comunicación pública? Al respecto, algunos puntos de vista:

- El ejercicio del derecho de reunión supone la posibilidad de comunicación con otros. Por eso una manifestación contra el alza de las tarifas del servicio de tranvía no puede realizarse en un campo especialmente alquilado para dicho fin por el municipio local.
- Si la manifestación se conduce en horas de gran movimiento por el centro de la ciudad, otros ciudadanos que no participan en ella verán limitada su libertad de desplazamiento. Con ello se vulnera la esfera de protección legal y constitucional de los

terceros ajenos a la situación (como es el caso de los pasajeros de los tranvías bloqueados).

- El derecho fundamental de los manifestantes y aquellos de los terceros que no toman parte en la manifestación pública debe adecuarse a la "relación de comunidad" de todos los derechos fundamentales³⁴. Esta relación de comunidad del derecho fundamental de la libertad de reunión se pone de manifiesto en el término "pacífico", que en este contexto adquiere su delineamiento decisivo; una manifestación pierde su carácter pacífico cuando no se limita a suscitar la reflexión pública a través de determinado comportamiento colectivo, apuntando más bien a reprimir la opinión de otros a través de un comportamiento colectivo, o a imponerles la propia por la misma vía³⁵.

De esto se desprende lo siguiente:

- La discusión imperativa, tal como ocasionalmente se exige para la superación del "rechazo al conflicto" que marca la conciencia cívica alemana con un carácter antidemocrático³⁶, parece incompatible con el mandamiento de mantener la paz; el ciudadano tiene todo el derecho de ser "enemigo de conflictos" y así mismo posee el derecho constitucional de abstenerse de intervenir en los asuntos públicos³⁷.
- La manifestación será violenta cuando, por ejemplo, se pretenda impedir, en términos absolutos, el alza de las tarifas del servicio de tranvía.
- Si se parte de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Garantías Constitucionales en el sentido de que algunas veces puede ser políticamente oportuno recurrir a fórmulas drásticas³⁸, podría eventualmente considerarse el "sit down" como un último recurso para lograr una comunicación pública³⁹. Pero si tal huelga bloquea las vías de transporte público por un tiempo prolongado⁴⁰ la presión psicológica perseguida a través de una libre expresión de opinión

31. Cfr. Sandweg: "Ist Sitzdemonstration eine Versammlung?", en: DRiZ 1969, 73 y ss.; Bossardt: "Demonstrationen auf öffentlichem Grund", Marburgo, 1973; Braun: "Versammlungsfreiheit und Strassenverkehr", en "Polizei", 1977, 357 y ss.

32. Así determinó el Sexto Senado Civil de la Corte Suprema de Justicia en el veredicto del caso Mahler, BGHC 59, 30 (36), véase también Erichsen, VerwArch 64 (1973), pág. 197 y ss.

33. Cfr. Erichsen: "Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit", 2. ed. 1976, pág. 163; además W. Müller: "Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit", 1974.

34. El Tribunal Constitucional de la RFA reconoce que "la libertad personal no se materializa a largo plazo sin una debida capacidad de función y equilibrio con el conjunto de derechos"; BVerfGE 33, 303 (334) denominada decisión del "numerus-clausus".

35. Cfr. OVG Bremer VRspr. 23, 587 (592) y Mertens en NJW 1970, 1925 (1627).

36. Según Hereth en "Reform des Bundestages" 1971). La tesis de Hannover tampoco tiene fundamento: "la participación popular en el Estado, garantizada a través de los derechos de libertad política, presupone que se supere la manipulación de la conciencia".

37. Cfr. Ossenbühl: "Der Staat", 1971, pág. 53 (82).

38. Cfr. BVerfGE 24, 278 (287).

39. La deliberada interrupción del tráfico viola la ley; así también BGHSt 23, 46 (56 y s.), veredicto del caso Läßle: "El reconocimiento de un derecho de manifestación ejercido a través del bloqueo y del daño a las instalaciones del servicio de tranvías equivaldría a la legalización de un terrorismo practicado por minorías militares, esto es incompatible con una Constitución basada en el principio mayoritario y, en última instancia, lesiona el principio de igualdad así como los principios de la democracia libertaria". Véase también Stein: "Staatsrecht", pág. 150, que sostiene que la huelga sentada está permitida.

40. La Corte de Colonia estableció que los huelguistas pueden permanecer sentados por un tiempo máximo de quince minutos. Véase también Schwäbe: "El derecho fundamental a la libertad de reunión" (1975), pág. 125 y ss.

se convierte en violencia física no-pacífica. Por eso, el bloque de las vías férreas de la estación terminal de Frankfurt por parte de manifestantes en noviembre de 1981 dejó de ser un acontecimiento "pacífico". Aparte de la dilatada paralización de todo el tráfico ferroviario en uno de los nudos de transporte más importantes de Europa Central, faltó una conexión inmediata con la expresión de una opinión.

c) El derecho de manifestación no cubre las acciones violentas. El derecho de manifestación tampoco concede en forma extraordinaria la posibilidad de recurrir a "medios no usuales e injustificados para la formación de opinión y conciencia en la ciudadanía" o a las así llamadas "violaciones limitadas de la ley"⁴¹; tampoco justifica el bloque de la distribución de los diarios del grupo Springer, por ejemplo⁴². Con razón, el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales dictaminó, en el contexto del veredicto Mahler, que el derecho de manifestación no otorga el derecho de ejercer la "contraviolencia", por más que ésta algunas veces pueda parecer deseable desde una perspectiva político-social. "Dado que la experiencia ha demostrado que no es posible limitar la aplicación de la fuerza una vez que ésta ha sido concedida, un ejercicio limitado de ésta guarda en sí mismo el peligro de una violencia creciente, la que, finalmente, pondría en tela de juicio todo el funcionamiento del orden legal"⁴³.

El derecho a la manifestación no tiene por objeto —como suele afirmarse— garantizar "todas las formas de expresión de la libertad humana tendientes a ingerir sobre el proceso de la formación de opinión y voluntad públicas. Es así, que actos delictivos como coacción, daño a bienes y violación de domicilio carecen de justificación"⁴⁴. Lo expresado también es aplicable a la ocupación de casas o a quienes conciben el derecho de manifestación como la materialización de ciertos derechos sociales fundamentales y de un supuesto derecho de resistencia. Esta nueva constelación se evidencia especialmente en Berlín, ya que la Constitución berlinesa del 1 de setiembre de 1950 concede, en su Art. 19, el derecho a vivienda ("Todos tienen derecho a espacio de vivienda"), y en su Art. 23, inc. 3 determina explícitamente: "En caso de que los derechos fundamentales fijados por la Constitución sean mani-

fiestamente lesionados, todos tienen el derecho a la resistencia".

El "derecho a vivienda" no es un derecho individual, sino un derecho fundamental de carácter social; los derechos sociales fundamentales no conceden al individuo el derecho de valerse por sus propios medios. El Estado de Derecho social no es un autoservicio; cualquier redistribución de ricos a pobres debe ser asumida por el Estado y éste debe asumir la responsabilidad por la misma, ya que en caso contrario serán nuevamente sólo los fuertes los que se verán beneficiados. El derecho a la resistencia, tal como se garantiza constitucionalmente en la Carta de la RFA, podría, a lo más, emplearse contra un poder del Estado que lesione abiertamente los derechos fundamentales, pero jamás contra los conciudadanos propietarios, al estilo de la "lucha de clases".

d) La libertad de reunión garantiza, en última instancia, sólo el "re-unirse" sin armas. El concepto arma en el sentido del Art. 8, inc. 1 de la Constitución federal contempla cualquier arma en su sentido técnico⁴⁵; así como cualquier objeto que sirva a su dueño o usuario para "infligir heridas deliberadamente, ya sea en la defensa o en el ataque"⁴⁶. El denominado "armarse pasivo", es decir, el portar objetos "destinados a la protección contra la presión directa por parte de la policía y que están diseñados para ese fin"⁴⁷, no cae bajo el concepto de arma contenido en la ley fundamental. El "armarse pasivo" o el "enmascararse" — salvo escasas excepciones⁴⁸ — no son necesarios para el ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa; de allí que tanto la policía como las autoridades de seguridad puedan proceder, dentro del marco de la legislación vigente, contra quien se enmascara o arma pasivamente. El enmascaramiento y el armarse pasivo por parte de manifestantes puede ser también interpretado por la policía como indicador de un transcurso violento en ciernes de la manifestación⁴⁹.

III. LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD EN LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE MANIFESTACIÓN DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DEL ESTADO DE DERECHO

Me dedicaré a un último conjunto de interrogantes que giran en torno al conflicto entre legalidad y

41. Respecto de reuniones en que se suscitan actos punibles véase BayVGH BayVBI 1978, 21.

42. Cfr. Tiedemann, op. cit. p. 222.

43. BGHZ 59, 30 (36); cfr. nota 26.

44. Cfr. Hannover, op. cit., pág. 51 y ss. (57): La Constitución garantiza la posibilidad de expresar la opinión propia, pero excluye el uso de violencia o coerción como medios de lucha.

45. Cfr. Ley de armas del 19-9-1972. Además Ley de control de las armas bélicas del 17-7-1963.

46. Cfr. von Münch, op. cit.

47. Cfr. al respecto, anteproyecto presentado por los partidos políticos para una "Ley de defensa de manifestaciones y reuniones pacíficas" como enmienda de la Ley de Reunión y del Código Penal, Bundesrat-Drucksache 255/81 del 9-10-1981.

48. P. ej. cuando el enmascaramiento es la razón fundamental de la manifestación (carnavales, por ejemplo, o las manifestaciones de los ecologistas con máscaras antigases).

49. El anteproyecto de los partidos políticos en relación al derecho penal relativo a las manifestaciones, confiere una protección penal adicional; además, restringe la facultad de ciertas autoridades de permitir tales prácticas.

oportunidad en la aplicación o materialización, así como delimitación constitucional del derecho de manifestación. El ejercicio del derecho de asociación está, como se sabe, en manos de las autoridades de seguridad. Esta autoridad tiene, merced a la llamada cláusula policial general, la tarea de rechazar la perturbación de la seguridad y orden público⁵⁰.

1. Al observar esta clásica división de tareas, debe tenerse presente —a pesar de todas las tendencias modernistas en boga— que al funcionario ejecutivo le toca el inusitado papel de árbitro social entre el Derecho y la Política, entre la legalidad y la oportunidad. Es imposible pretender que el funcionario policial de Brokford, Berlín o Nüremberg cumpla con todas las tareas; tareas en cuya solución, por demás, han fracasado políticos, pedagogos y eclesiásticos durante estas últimas dos décadas. La senda recorrida por el funcionario policial, de mero ejecutor a convertirse en árbitro social y terminar siendo el “chivo expiatorio de la nación”, parece trazada de manera definida cuando se le asignan a la policía “tareas de salubridad social”, así como “funciones activas, preventivas y, especialmente, transformadoras”.

2. Si se parte de la clásica asignación de tareas a la policía, habrá que colocar el principio de legalidad en la discusión⁵¹. Debemos entonces analizar si la policía— a pesar de su tarea de rechazar perturbaciones a la seguridad y orden públicos— puede tolerar contravenciones de la ley, tal como ha ocurrido una y otra vez en estos últimos tiempos durante las manifestaciones públicas.

- Antes de desalojar el pozo 1004 en el yacimiento petrolero de Gorleben, la policía de la llamada “República de Wendland” toleró durante 33 días violaciones de “nuevas leyes”.
- La policía de Bremen toleró por espacio de 11 días la “Embajada de Wendland” antes de que el Senado de la ciudad y los manifestantes llegaran a un acuerdo sobre las condiciones del retiro de estos últimos.
- La policía no tocó, por más de dos meses, a los habitantes de la aldea antinuclear de Grohnde antes de proceder a su desalojo.

a) Veamos lo esencial: el principio de legalidad constituye parte irrenunciable del Estado de Derecho (Art. 20, inc. 3 de la Constitución Federal), que sos-

tiene el orden político de la República Federal. Sin embargo, legalidad y Estado de Derecho constituyen también un bien moral; si bien, el derecho en sí no es moral (debe distinguirse estrictamente entre legalidad y moral), la legalidad se manifiesta, a pesar de todo, como condición integral de la moral política: en el Estado pluralista, jamás habrá una plena certeza respecto de la genuina moralidad de los actos de nuestro prójimo ni respecto de aquello que podría considerarse “legítimo” (vale aquí la sentencia bíblica: “No juzguéis a fin de no ser juzgados”). La legalidad de un acto, en cambio, es controlable, por eso en todo orden estatal existen organismos que deciden (en forma legal) sobre esas acciones. La ley —posible de ser cumplida en esta forma— nos alivia de las exigencias que el rigor moral impone a la sociedad, exigencias que una y otra vez se transmutan en odios y envidias. Por eso la política no debe ser “desestatizada” y convertida en cumpio para iniciativas ciudadanas, manifestaciones e ilusionismo clerical.

b) Respecto de la aplicación en el ámbito del derecho de seguridad⁵², la tolerancia policial de algunas violaciones legales —especialmente de aquellas que acontecen en relación con las manifestaciones públicas— conmociona la conciencia y anhelo de seguridad de la ciudadanía. Con ello, en última instancia, lesiona también el nexo emocional del ciudadano con el Derecho y el Estado. La inseguridad, el miedo, la autodefensa, la autoayuda y, en último lugar, la anarquía⁵³ alteran el clima sociológico y acrecientan el potencial de la guerra civil.

c) A esto se suma que la tolerancia del incumplimiento de la ley desdibuja el límite entre lo justo y lo injusto; debe evitarse a todo trance el incumplimiento constante de la ley, especialmente si se desea transmitir a las generaciones jóvenes las reglas democráticas básicas que están en la raíz de nuestra escala de valores y de nuestro orden social.

- Que caricatura del Estado de Derecho y de la legalidad se entrega, por ejemplo, al joven cristiano de nuestros días.
- Que, si las Iglesias evangélicas de Hesse y Nassau legitiman, moralmente, acciones punibles como la ocupación de estaciones ferroviarias y la erección de una “Iglesia popular”, procediendo a celebrar oficios religiosos oficiales en esta últi-

50. Con esta cláusula general se relaciona el No. 15, inc. 1 de la Ley de Reunión al señalar que “cuando bajo determinadas circunstancias se ve amenazado el orden o la seguridad”. Véanse detalles en W. Hoffmann: “Die polizeiliche Aufgabe bei öffentlichen Demonstrationen”, en: StVKV 1967, 230 y ss., 261 y ss.

51. En este contexto no es posible entrar en detalles más técnicos. Respecto de la difícil relación entre la policía y las fiscalías estatales ver D. Schultz/R. Leppin: “Staatsanwaltschaft contra Polizei? Staatsanwaltschaft im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Grundsatz der Verhältnismässigkeit”, en Jura 1981, pág. 521 y ss.

52. Respecto de los problemas especiales de Derecho Penal, véase v. Hippel: “Der Deutsche Strafprozess” (1942), J. Baumann: “Grabgesang für das Legalitätsprinzip”, en ZRP 1972; Faller: “Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozess”, en Festgabe für Th. Maunz (1971), pág. 69 y ss.

53. Cfr. p. ej. Fr. Chr. Schroeder: “Wen Bürger sich gegen Krawalle wehren— Zum Recht auf private Gewalt”, en FAZ del 15-9-1981.

54. Respuesta del Primer Ministro de Hesse, Holger Börner, en carta abierta al Episcopado de Hesse y Nassau, publicado por el FAZ el 2-11-1981.

- Que, cuando se establecen comparaciones incommensurables como "ocupar casas es mejor que ocupar países extranjeros".
- Que, cuando la Iglesia evangélica exige, en relación a medidas estatales, que se proceda a revisar profundamente el concepto de la "resistencia pacífica", expresándose, de modo tan infeliz que denigra incluso la resistencia contra la dictadura nacionalsocialista.

La manipulación lingüística, tal como se manifiesta en los términos "ocupación pacífica de casas" o "renovación por ocupación", pretende contemplar como justificadas ciertas acciones punibles en vista que habrían individuos que toman lo que necesitan.

d) La tolerancia del incumplimiento de la ley atenta también contra el principio de igualdad; muchos "pecadores de tránsito" en la ciudad de Flensburg, por ejemplo, se preguntan por las proporciones en el Estado de Derecho, ya que, mientras sus infracciones del Código de Tránsito son captadas con precisión cibernética, otras acciones punibles ocurridas en el transcurso de manifestaciones públicas no son castigadas, a menos que caigan en el marco criminal.

e) Cualquier desviación policial del principio de legalidad cuestiona la estricta neutralidad partidario-política y con ello también la función socio-política del cuerpo policial.

En este contexto, resulta interesante mencionar un documento del Episcopado de Munich y Freising sobre las medidas para juzgar las expresiones ofensivas vertidas durante manifestaciones públicas⁵⁵. El Episcopado solicita que los responsables de la justicia y de la policía no permitan "se les usurpen los criterios para un adecuado enjuiciamiento del contenido de las manifestaciones de parte de elementos

que se cobijan tras las apariencias de defender el derecho de manifestación y la libertad de expresión". Entre otras cosas, señala el documento, la policía requisa afiches que muestran al Premier israelí, Menahem Begin, con una estrella de David sobre la frente, pero no actúa de igual modo cuando se ofende a cristianos católicos a través de expresiones similares. La policía muniquesa no intervino en su oportunidad contra un grupo de manifestantes comunistas que, instalados ante la catedral de la ciudad, procedieron a adorar un bombardero instalado en un pesebre.

La materialización del derecho de manifestación y sus efectos secundarios ponen actualmente, cada vez más en duda, la autoridad del Estado de Derecho y los valores que le subyacen. Existen dos doctrinas de salvación que anuncian, que la verdadera autoridad se manifestaría justamente en el "no mostrar bandera", en la flexibilidad, la disposición a ceder, aun cuando ello afecte las reservas de legalidad del Estado; muchos prefieren actualmente ver al Estado simbolizado como una voluminosa "vaca lechera" o un "gato castrado"⁵⁶ que engorda cada vez más, pero carece de potencia⁵⁷, rehuendo los dientes del Leviatán. En esta medida se olvida que el "Estado" es algo imposible de concebir sin el orden de poderes que garanticen el imperio de la ley, y que la frecuente "crisis del Estado" debe buscar sus verdaderos orígenes en la pérdida de formas genuinas del ejercicio del Poder⁵⁸.

Cabe señalar finalmente —como quedó demostrado en la época de la República de Weimar—, que la debilidad del Orden Jurídico del Estado y la pérdida de su autoridad conducen hacia el Estado totalitario⁵⁹; el Estado alemán se volvió totalitario en 1933 debido a su debilidad e indefensión, debido a su incapacidad para hacer frente al asalto de los partidos y de los intereses organizados; el Estado debió ceder ante cualquiera, satisfacer a cualquiera, subvencionar a cualquiera a fin de congraciarse paralelamente con los intereses más contrapuestos, fenómeno que en la actualidad proyecta una vez más sus amenazadoras sombras.

55. Cfr. SZ No. 176 del 4-8-1981.

56. Arnold Gehlen: "Moral und Hypermoral", Frankfurt/Bonn, 1969, pág. 110.

57. Elaborado por Rüdiger Altmann, en: "Der öffentliche Dienst auf dem Prüfstand", Bonn, Bad Godesberg, 1975, pág. 73.

58. Véase fundamentalmente Helmut Kühn: "Staatsverfall und Staatsbehauptung", en: Zeitschrift für Politik 1982/1, pág. 1 y ss.

59. Cfr. Carl Schmitt: "Verfassungsrechtliche Aufsätze", Berlin, 1958, pág. 362.

Estado de Sitio y Estado de Derecho en Argentina:

Política y retórica de la reivindicación (*)

Frederick E. Snyder

Decano Asistente para Estudios Legales
Internacionales y Comparados de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard,
E.U.A.

I. INTRODUCCION

Durante el período colonial de la historia de América Latina, la conducta de los funcionarios nombrados por la corona española para servir en las provincias, estaba sujeta a una revisión formal al finalizar su mandato. En la audiencia pública, o **residencia**(*), cualquiera en la jurisdicción podía comparecer ante el funcionario que la presidía, con el objeto de presentar cargos o testificar tanto a favor como en contra del dignatario. Cuando se emitía un fallo desfavorable, el funcionario tenía que rehabilitar a quienes hubiere maltratado, o quizás sufrir una pena más severa. Nadie podía dejar un cargo público sin someterse previamente a la **residencia**.¹

Recientemente, la Junta Militar argentina, al acercarse el fin de su mandato, se ha empeñado en un ritual con la presumible esperanza que sea aceptado como una "rendición de cuentas" de su gobierno de los últimos siete años. Primero estuvo aquella nada gloriosa guerra sobre las islas. Parecía ser una aventura suficientemente simple, que seguramente produciría esa clase de héroes cuya mala conducta pasada resulta fácil de perdonar. Desafortunadamente, los británicos contraatacaron².

Lo segundo fue un intento de persuadir a los líderes de los partidos políticos que competirían en las elecciones nacionales anunciadas para Octubre de

(*) La versión inglesa de este artículo fue publicada en 1984 en la revista "Lawyer of the Americas" de la Escuela de Derecho de la Universidad de Miami. La traducción corresponde a José Daniel Amado V., miembro del Comité Directivo de THEMIS Revista de Derecho. Las palabras que aparecen en letras negrillas están escritas así en la versión original (n. del t.).

- 1 Véase en general, J.M. Mariluz Urquiza, "Ensayo sobre los juicios de residencia Indianos" (1952); C. Gibson, "España en América 100" (1967); B. Keen y M. Wasserman, "Una breve historia de Latinoamérica" 92 (1980).
- 2 Para una discusión sobre la guerra de 1982 por las islas Falkland/Malvinas, ver B. de Carril, "El caso de las Malvinas/Falklands" (1982). El autor ha recopilado una colección de materiales (recortes periodísticos, discursos pronunciados ante la ONU y la OEA y descargos de prensa) ilustrando los argumentos dados por las autoridades argentinas durante el conflicto; archivados en la Escuela de Derecho de Harvard.

1983, a acordar que el partido ganador no investigaría los crímenes cometidos por los militares durante el mandato de la Junta. Ni uno sólo estuvo de acuerdo³. Por último, la Junta emitió un informe en el que de hecho aceptaba, aunque sólo en parte, su responsabilidad por haber añadido una palabra al vocabulario del terror estatal: "desaparecido"⁴. Sin embargo, como Macbeth huyendo del fantasma de su pasado, la Junta envolvió su confesión en lo que pareció ser una desvergonzada retórica de justificación: el informe decía que todas las desesperadas medidas que se tomaron entre 1976 y 1979, en contra de los izquierdistas y otros, fueron precipitadas por una verdadera necesidad de restaurar el orden social, que había sido lacerado por la guerrilla urbana de mediados de los años setenta —"se les dio lo que merecían"—⁵.

Sin embargo, no todos en la Argentina estuvieron de acuerdo, en especial los padres de los desaparecidos. Poco después que el informe fue televisado, las madres —de la Plaza de Mayo— condenaron el documento como "nada más que un nuevo y vano intento de eludir la justicia y asegurar la impunidad de los cobardes responsables del horror y la tragedia argentina de la década pasada"⁶. Las organizaciones de Derechos Humanos, los políticos para las elecciones y los líderes de la opinión pública se apresuraron en denigrar el informe y en demandar una "verdadera" rendición de cuentas⁷.

En la antigua **residencia**, la manera más fácil de evitar el castigo era, por supuesto, sobornar a un testigo para que diga lo conveniente en cuanto a la propia incumbencia o que se abstenga de testificar. Un funcionario también podría haber evitado las potenciales repercusiones comprando un fallo favorable del

funcionario auditor⁸. Sin embargo, para la Junta no existen tales alternativas. La Junta no es sólo responsable ante un simple rey o su representante, sino ante el pueblo argentino como un todo. Algunos afirman que la Junta es responsable ante el mundo, en tanto que todos nosotros hemos sido "testigos" de las continuas transgresiones del régimen a numerosos y fundamentales derechos humanos⁹. ¿Cómo puede alguien sobornar a una sociedad entera, por no hablar de la comunidad internacional, especialmente cuando la inflación anual superior al cien por ciento, combinada con un mal concebido y administrado paquete de medidas económicas, prácticamente había vaciado las reservas nacionales?¹⁰.

Aparentemente, todo lo que la Junta podía hacer era tratar de absolverse ella misma, lo cual, en el mejor de los casos, es una empresa bastante dudosa. En estos últimos días la Junta inició una evaluación de la reacción popular ante su plan de declarar una amnistía "para los militares y funcionarios de seguridad que violaron la ley durante el mandato de la Junta". De primera impresión, la preocupación de la Junta en cuanto a la necesidad de un aparente principio de legalidad, para reivindicar sus acciones fuera de la ley, es una suerte de cortina de humo. ¿No sería más fácil tomar el primer avión que deje Buenos Aires y buscar refugio en otro régimen de similar tendencia, un día antes de las elecciones de octubre de 1983 o cuando tuviere lugar la transferencia del Poder? ¿No es eso lo que los dictadores militares latinoamericanos están supuestos a hacer?

II EL MARGO LEGAL

El caso argentino se mantiene como un intrigante ejemplo de la indeterminación del lenguaje del Derecho y la Justicia, de las mágicas propiedades

3 Schumacher, "Argentina después de las Falklands", N.Y. Times 26 de diciembre de 1982, 6 (revista), 14.

4 Para una descripción y traducción parcial (no oficial) del informe televisado del 28 de abril de 1983, ver Latin America Weekly Report, de 6 de mayo de 1983, 5, Col. 1.

5 Id.

6 La exposición fue reportada por la Associated Press. Véase "Cientos de desaparecidos están muertos, Informes de la Argentina", Boston Globe, 29 de abril de 1983, 10.

7. Véase en general, Latin American Weekly Report, 29 de abril de 1983, 5, Col. 1; Match, "Los obstáculos de la democracia argentina", The Boston Globe, 10 de mayo de 1983, 2. La reacción europea del informe de la Junta, particularmente de parte del Vaticano, fue especialmente severa; ver Kamm, "El Vaticano cuestiona a la Junta Argentina sobre su informe de la guerra contra los izquierdistas", N.Y. Times, 4 de mayo de 1983, A 10, Col. 1.

8 Véase Mariluz Urquiza, Supra, Nota 1.

9 Han habido numerosos informes comprobando violaciones oficiales, en gran escala, de los derechos humanos generalmente reconocidos en el Derecho Internacional. Véase en general, Comisión Interamericana de Derechos humanos, "Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina", OEA, ser. L6V/11.49, doc. 19 corr 1, Washington, D.C., 11 de abril de 1980 (en adelante será citado como el Informe IACHR); Amnistía Internacional, "Informe de una misión de Amnistía Internacional a la Argentina", 6-15 de noviembre de 1976 (1976) (En adelante será citado como el Informe de Amnistía Internacional).

10 Para una descripción de la actual situación económica argentina, véase Banco Interamericano de Desarrollo, "Informe del Progreso Económico y Social de Latinoamérica", 183-88 (1982); F. Geze, Y. Locoste, A. Valladao, "Panorama Mundial 1983", 160-62, (P. Syrton, trad. y ed. de 1982); Barbieri, "De la especulación al desastre económico", Imprenta Latinoamericana, 10 de marzo de 1983, at., 3; Schumacher, "La Inflación Argentina del 200 o/o", N.Y. Times, 2 de febrero de 1983, D1, Col. 1.

11 Véase Latin America Weekly Report, 29 de abril de 1983, at. 5, col. 1; Hatch, supra, nota 7.

atribuidas a la terminología legal, y de la inevitable vulnerabilidad de instituciones jurídicas aparentemente autónomas, aunque proclives a la manipulación de las fuerzas sociales en control del verdadero poder político. Por ejemplo, allí está la Constitución, una de las más antiguas y con más larga vigencia en América Latina¹². Como los documentos de las democracias liberales del norte, la Constitución argentina intenta servir de mapa de las sendas políticas y sociales del país. Nos dice cómo se divide el poder de gobierno entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial¹³. Nos dice quiénes son los ciudadanos, quién el pueblo y cómo sus libertades individuales son inmunes a la violencia estatal¹⁴. Nos dice también que la Constitución es en sí un emblema de la "unidad nacional" dedicada a los fines de "afianzar la justicia, consolidar la paz interna, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en suelo argentino"¹⁵.

La Constitución contiene además una cláusula que contribuye a una declaración de la poca sustancialidad de la técnica constitucional a la **manera yanqui**, dada la inestabilidad de la vida política en Argentina. El artículo 23 establece que en el caso de una "comoción interior" o de un "ataque exterior" que atente contra la vigencia de la Constitución y de las instituciones creadas por ella, la zona en que ocurra la anomalía será declarada en estado de sitio y las garantías constitucionales serán suspendidas en dicha zona¹⁶.

Suspender las garantías constitucionales durante períodos de desorden interno no es algo desconocido en las democracias liberales. Recordemos, por ejemplo, la suspensión del derecho de habeas corpus que hizo Abraham Lincoln durante la guerra civil de Norteamérica, con la tardía aprobación de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁷. Sin embargo, tales medidas son tomadas con mucha cautela o desgano, o al menos subrepticamente, y siempre en un embarazo considerable. La Constitución argentina regula su propia suspensión de garantías como algo predecible, aunque no menos penoso. El artículo 23 emerge de su texto como un tributo casi surrealista a la vio-

lencia nacida durante el desarrollo de la Argentina como nación y tal vez como un saludo extrañamente desafiante a la malformación de la economía política de Latinoamérica como un todo.

No obstante, la norma no termina aquí. A continuación trata de identificar las limitaciones a la acción del Ejecutivo durante el estado de emergencia. En consecuencia, durante tal suspensión, el Presidente de la República no podrá apresar ni aplicar penas en base a su autoridad¹⁸. La voz de la Constitución puede ser acallada durante la crisis pero, aunque opaco, un eco continuará resonando a través del palacio presidencial. El "derecho constitucional" puede hibernar, pero la ley permanecerá sana y salva, aunque en un nivel menor. El gobierno podrá ejercer poderes extraordinarios durante el estado de emergencia, pero su actuación debe ser impecable. En otras palabras, las revueltas y la reacción pueden ser características permanentes de la vida política de la nación, pero eso no nos convierte en bárbaros. Ese parece ser el mensaje y el significado, la esperanza y el temor, de este ambivalente texto constitucional.

Esta ambigüedad, que descansa en el corazón de la carta fundamental argentina, brinda una gran oportunidad de producir un aparato de legalidad a regímenes en que la legitimidad de sus actos podría de otra manera aparecer como muy frágil. El artículo 23 hace posible a un determinado régimen ejercer poderes de emergencia para crear una imagen "legal" de sí mismo, como basado en la ley. La Junta Militar tomó todas las ventajas de esa oportunidad en 1976, cuando asumió el control del Estado, de manos del desgastado gobierno de María Estela (Isabel) Martínez de Perón, quien había declarado al país en estado de sitio desde fines de 1974¹⁹.

Durante las horas posteriores al **golpe**, la oficina de la Junta se convirtió en el origen de una corriente de discursos públicos, actos institucionales, estatutos, decretos y resoluciones describiendo las metas del nuevo gobierno y prescribiendo y proscribiendo varias formas de comportamiento político y social. En su primer discurso público como Presidente, el 5 de abril de 1976, el General Jorge Rafael Videla expresó que la Junta se hallaba motivada por la salva-

12. Constitución de la Nación Argentina (1853). Las citas corresponden a la traducción de Panamerican Union, reimpressa en "Constituciones de los países del mundo" (A. Blonstan & G. Flanz, eds. 1971). En adelante será citada como "Constitución".

13. Id. arts. 36-103.

14. Id. arts. 14-20.

15. Id. Preámbulo.

16. Id. art. 23.

17. Ex parte Milligan, Y. Wall. 2, 125 (1866), mantuvo la suspensión de la acción de Habeas Corpus en aquellas áreas donde la violencia hacía imposible el ejercicio de los derechos civiles. Véase L. Tribe, "Derecho Constitucional Americano", 179, No. 39 (1978).

18. Constitución, supra, nota 12, art. 23.

19. Decreto 1368, 6 de noviembre de 1974 (1974). "Anales de Legislación argentina 3525" (En adelante será citada como "Anales").

guarda de los "altos intereses" de la nación, una misión generalmente confiada a la milicia bajo la Constitución:

"Profundamente respetuosos de los poderes constitucionales, cimientos naturales de las instituciones democráticas, las fuerzas armadas, en repetidas ocasiones, enviaron claras advertencias al gobierno (de Isabel Perón), acerca de los peligros que existían y también sobre las consecuencias de su inconsciente actitud. Su voz fue desoída y, en consecuencia, no fue adoptada ninguna medida. Es así que toda esperanza de cambio institucional fue completamente desechada. Dando la cara a esta dramática situación, las fuerzas armadas han asumido el control del gobierno"²⁰.

La misión de la Junta, continuó diciendo, consiste en revivir las promesas de la Constitución argentina, haciendo trabajar a su gobierno:

"Es precisamente para asegurar la justa protección de los derechos inherentes al hombre, que hemos asumido el ejercicio total de la autoridad, no para infringir la libertad sino para reafirmarla, no para doblegar la justicia sino para imponerla. Luego de reestablecer la autoridad efectiva, que será revitalizada en todos sus niveles, nos dedicaremos a la organización del Estado, cuya actuación se basará en la permanencia y estabilidad de las normas jurídicas, que garantizarán la primacía de la ley y la observancia de esta, tanto por los gobernantes como por los gobernados"²¹.

En resumen, dijo él que todas las medidas que la Junta se proponía tomar estaban orientadas "tanto al establecimiento del bienestar general a través del trabajo productivo, como el desarrollo de un genuino espíritu de justicia social", con el objeto de conformar una "sociedad vigorosa, organizada y unificada, espiritual y culturalmente preparada para forjar un futuro mejor"²².

La Junta había bosquejado el contenido general de esta revitalizada sociedad en su Acta, fijando el propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional" del 24 de marzo de 1976²³. El acento debía estar en el mantenimiento de la seguridad del Estado, la preservación de la he-

redad nacional, la promoción de la empresa privada y el desarrollo de una íntima relación entre el Estado, el Capital y el Trabajo. Para reforzar estas declaraciones, al día siguiente la Junta virtualmente se proclamó como la única y exclusiva fuente del Derecho, a través del "Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional"²⁴, por medio del cual disolvió los cuerpos legislativos federales y provinciales, despidió a todos los funcionarios federales y provinciales claves, y proscribió todas las actividades político-partidarias y sindicales en el país. La Junta declaró que la Constitución continuaría en vigencia "en tanto no se oponga a los principales objetivos enunciados por la Junta Militar o las disposiciones legales"²⁵.

Estas actas y estatutos, unidos a leyes similares, fueron diseñadas para servir de base a una serie de normas y decretos que restringieron severamente los derechos y libertades individuales de la ciudadanía argentina. La más draconiana de ellas fue sin duda el "Acta para considerar la conducta de aquellas personas responsables de ocasionar perjuicios a los Superiores Intereses de la Nación", en la cual la Junta asumió "el poder y la responsabilidad de revisar las acciones de aquellos individuos que han lesionado los intereses nacionales"²⁶. El acta especificaba una serie de motivos que justificarían los intereses del gobierno: sería negligencia en el ejercicio de un interés público, político o social; actos y omisiones que faciliten la subversión y tolerancia ante la corrupción administrativa o negligencia en el manejo de la corrupción. El acta también autorizó la acción gubernamental donde existiera una "falla en la observancia de los principios morales básicos en el ejercicio de cargos públicos, políticos o sindicales o en las actividades concernientes al interés público"²⁷.

El artículo 23 de la Constitución impedía a la Junta condenar o castigar a cualquier persona por su propia autoridad. El Acta institucional dio una salida a este problema autorizando a la Junta a aplicar una gran variedad de sanciones intermedias, un "castigo" limitado para personas arrestadas. Estas acciones, algo más moderadas, incluían: pérdida de derechos políticos y sindicales, pérdida de la ciudadanía para los argentinos nacionalizados, descalificación para ocupar cargos públicos y confinamiento, durante los cuales

20 "Tiempo de una reorganización fundamental de la Nación" discurso del General Jorge Rafael Videla, en "La Política de la anti-política: Los Militares en Latinoamérica" 179 (Traducido de La Nación (Buenos Aires), 5 de abril de 1976, (B. Loveman y T.M. Davies Jr., ed. 1978).

21 Id. at. 180

22 Id.

23 "Acta, fijando el propósito y los objetivos básicos para el proceso de reorganización nacional", art. 1, 2, -24 de marzo de 1976 (1976), Anales 1020.

24 "Estatuto para el proceso de la reorganización nacional", 25 de marzo de 1976 (1976) Anales 1021.

25 Ley 21258, art. 5, 24 de marzo de 1976, (1976) Anales 1032.

26. "Acta para considerar la conducta de aquellas personas responsables de ocasionar perjuicios a los superiores intereses de la Nación", art. 1, 18 de junio de 1976 (1976), Anales 1975.

27. Id. art. 1. (a)

podían imponerse restricciones temporales a la práctica profesional y a la disposición del patrimonio personal²⁸.

La Junta se tomó sus poderes del estado de sitio, bajo el artículo 23, con mucha seriedad y además los usó para suspender otras garantías constitucionales. Las leyes promulgadas por la Junta alcanzaron prácticamente todas las formas de vida social capaces de generar discusiones o actividades contrarias al régimen. Una ráfaga de estatutos y decretos, instrucciones, disposiciones especiales y resoluciones dieron el carácter criminal a la participación en partidos políticos²⁹ o huelgas laborales³⁰, publicación de nuevos artículos relacionados con la actividad terrorista, subversión, secuestros o descubrimiento de cadáveres, con excepción de los anunciados oficialmente³¹, varias modalidades de crítica a las políticas del gobierno en los salones universitarios³², y toda "actividad política" que estuviese relacionada con un partido político, independientemente de que dicha actividad se plasmara o no en una acción concreta³³.

Además, las penas por un gran número de actividades que ya estaban tipificadas en el Código Penal, fueron modificadas por otras drásticamente más severas; por ejemplo, la perturbación del orden público que estaba penado por multa o penitenciaría de 30 días, pasó a ser un delito federal penado con prisión de hasta 10 años³⁴. La condena por el antiguo delito de "asociación ilícita" se elevó de 3-8 a 5-12 años³⁵. La pena de muerte, abolida en 1972, fue reimplantada y se debería ejecutar dentro de las 48 horas siguientes a la sentencia, dejando así muy poco tiempo para interponer la apelación³⁶. La mayoría para efectos de la responsabilidad penal se redujo, para determinados delitos, de 18 a 16 años.

En 1976, la Junta se consideraba a sí misma como la guardiana de la heredad nacional, la exponente de los más nobles valores de la sociedad argentina y la verdadera defensora de su Constitución. Como tal, reclamó para sí el ejercicio legítimo del poder estatal.

Uno de los problemas que debió enfrentar en su afán de rehacer la sociedad argentina a su propia imagen, fue el de identificar y declarar como delitos a todo armazón de conductas que habían sido vistas bajo la ley como inofensivas, al menos relativamente, y hacerlo de una manera que no vulnerara el lenguaje admonitorio del artículo 23. El programa penal "de textura abierta", tejido a través de las actas, estatutos, decretos y resoluciones de los primeros meses de gobierno, coadyuvaban a tal propósito. Seguidamente, surgió un desafío aún mayor cuando la Junta intentó crear un mecanismo que reforzara esta rigidez, es decir, medidas represivas en frente de la clara advertencia del artículo 23 para el Ejecutivo que no encarcelará ni aplicará penas bajo su propia autoridad³⁸. Fue así que la Junta hizo una contribución singularmente macabra al Derecho de los regímenes de excepción. Una ley facultó a las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad y a la policía para que investiguen los delitos de subversión y para interrogar, detener y reunir evidencia para los procedimientos sumarios³⁹. Otra ley autorizó a tales fuerzas, en la investigación de las actividades subversivas, a arrestar a cualquier sospechoso cuando hubiese indicios suficientes o "pruebas parcialmente concluyentes" de su culpabilidad⁴⁰. Otra norma legal facultó a las fuerzas de seguridad el empleo de armas de fuego, cuando una persona fuera aprehendida por alteración del orden público en flagrante delito y "no se detuviera a la primera advertencia"⁴¹. Los sospechosos podían ser detenidos indefinidamente estando pendiente la acumulación de pruebas incriminatorias o exculpatorias⁴², o podrían enfrentarse a procedimientos sumarios ante los tribunales militares⁴³. Al mismo tiempo, los ejecutores eran virtualmente inmunes a cualquier provocación: un estatuto estableció tempranamente severas penas por la comisión de "cualquier acto de violencia" en contra del personal militar, de las fuerzas de seguridad y de efectivos policiales⁴⁴. Otra disposición estableció que dichos funcionarios estarían sujetos únicamente al fuero militar, con respecto a "las infracciones que pudieran cometer durante o con ocasión del cumplimiento de órdenes impuestas por el comando militar correspondiente"⁴⁵.

28 Id. art. 2

29 "Acta para el proceso de reorganización nacional", art. 7, 26 de marzo de 1976, (1976). Anales 1019.

30 Id. art. 8, Ley 21.400, 3 de setiembre de 1976 (1976). Anales 1104.

31 Comunicado 19, Delito de Prensa, 24 de marzo de 1976.

32 Ley 21.276, 29 de marzo de 1976 (1976). Anales 1104

33 Ley 21.322, 2 de junio de 1976 (1976). Anales 1102, y Ley 21.325 2 de junio de 1976 (1976), Anales 1034.

34 Ley de Represión del Sabotaje, Decreto 21.264

35 Ley 21.338, 25 de junio de 1976, (1976) Anales 1125 (Modificando el art. 210 bis, Código Penal de la Nación).

36 Ley 21.338, 25 de junio de 1976, (1976) Anales 113, (Modificando el art. 5, bis, Código Penal de la Nación).

37 Ley 21.272, 26 de marzo de 1976, (1976), Anales 1038.

38 Constitución, Supra, nota 12, art. 23.

39 Ley 21.461, 19 de noviembre de 1976, (1976), Anales 2895.

40 Ley 21.460, arts. 1, 9, 18 de noviembre de 1976, (1976), Anales 2894.

41 Ley 21.264, art. 5, 34 de marzo de 1976 (1976), Anales 1035

42 Ley 21.461, Supra, nota 37

43 Id.

44 Ley 21.272, Art. 1, Supra, nota 37

45 Ley 21.267, art. 1, 24 de marzo de 1976, (1976) Anales 1036

Esta legislación hizo posible que un Derecho absolutamente no oficial se desarrolle en el interior del finalmente acabado aparato legal de la Junta. El personal militar, las fuerzas de seguridad y la policía estaban ahora en la posibilidad de recorrer las ciudades a su voluntad, verdaderas soberanías que sólo competían las unas con las otras. La milicia no actuó "encarcelando" ni "penalizando" a los enemigos del Estado que debían identificar, ni tampoco procediendo de una manera que excediera la autoridad conferida a la Junta por el artículo 23 y a su turno delegada a ellos por la andanada de proclamas de la Junta. Más bien, ellos procedieron a detener a tales enemigos por días, semanas, meses e inclusive años⁴⁶; torturándolos⁴⁷ y finalmente, quién sabe más pioadosamente, "desapareciéndolos"⁴⁸. Así, existió un Derecho dentro de otro Derecho, para un Estado dentro de otro Estado. O más precisamente una esfera de evidente ilegalidad bajo la fachada de una legalidad oficial carente de un contenido real. La una, una máscara para esconder a la otra⁴⁹, moviéndose de todos aquellos que aún mantenían alguna esperanza y fe en la virtud y el poder de la mera legalidad.

III LA RESPUESTA JUDICIAL

En realidad, la judicatura argentina ha crecido incrementando su afirmación en defensa de los valores constitucionales en los años siguientes al golpe. Tradicionalmente, la Corte Suprema ha insistido en que la Constitución, al menos como una formalidad legal, sobrevive a la declaración de un estado de sitio, inclusive en la más terrible emergencia. A pesar que la Corte ha admitido que el artículo 23 puede dar lugar a la suspensión de las garantías constitucionales en la zona de emergencia, ha llegado a la conclusión que ello no justifica la suspensión de la Constitución como un todo⁵⁰.

Las medidas adoptadas bajo el estado de sitio, que por ejemplo, fundamental y permanentemente reestructurarían la autoridad política en la nación, contravendrían la verdadera esencia de la Constitución y caerían de esa manera fuera del supuesto del artículo 23⁵¹. Más aún, una emergencia no faculta al Ejecutivo a crear nuevos poderes *sua sponte*: "Únicamente justifica el ejercicio de poderes que están expresa o implícitamente consagrados en la Constitución (incluyendo, claro está, el artículo 23"⁵².

Las más jurídicas declaraciones para justificar las acciones tomadas por el Ejecutivo durante los estados de sitio en la Argentina, no han hecho más que incrementar algo más que una intrascendente palabrería en esta materia. Las opiniones que se leían a menudo a este respecto eran comparables con la poesía cortesana a los Tudor: complaciente, cortés, alentadora e inocente.

Más recientemente, los estados de sitio han pasado a ser menos excepcionales y más un lugar común en la vida política argentina⁵³. A consecuencia de ello, la Corte ha conocido un número cada vez mayor de recursos de Habeas Corpus⁵⁴, demandando interpretaciones constitucionales que supondrían una regulación más restrictiva de la conducta de quienes detentan el poder.

Hasta 1959, la Corte, por costumbre y uniformemente, interpretó el artículo 23 como si facultara la suspensión de todos los derechos y libertades individuales⁵⁵.

Desde entonces, se comenzó a forjar una versión del racionalismo instrumental de la jurisprudencia constitucional norteamericana⁵⁶ para adoptar un examen "de medios y fines" de la razonabilidad de tales restricciones. La opinión discordante del Juez Alfere-

46 Véase en general, Informe IACHR, Supra, nota 9, 139-177; Informe de Amnistía Internacional, Supra Nota 9, 17-26.

47 Véase en general, Informe IACHR, supra, nota 9, 199-215; Informe de Amnistía Internacional, Supra, nota 9, art. 36-39; Amnistía Internacional, "Testimonio sobre los Campos Secretos de Reclusión en Argentina" (1980).

48 Véase en general, Informe IACHR, Supra, nota 9, 53-138; Informe de Amnistía Internacional, Supra, nota 9, 27-35; Amnistía Internacional, "Crímenes Políticos por Gobiernos" 50-55, (1983); véase además A. Graham-Yooll, "Un asunto de temer: Retrato de un exiliado argentino" 81-89 (1982).

49 Estoy en deuda por la con Corradi, "La vía de la destrucción: Terror en Argentina", 16 Telos 61, 70 (1982-83).

50 Causa CCCLIII, Leandro N. Alem y Mariano N. Candiotti; 54 "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 432 (1893) (en adelante será citado como "Fallos").

51 Id.

52 Oscar Agustín Avico vs. Saúl E. de la Pesa, 172 Fallos 21 (1935).

53 Desde 1930 hasta 1976 han habido en Argentina diez golpes de Estado que han tenido éxito, usualmente sucedidos o acompañados de una declaración de estado de sitio. Véase K. Karst y K.S. Rosenm, "Derecho y Desarrollo en América Latina: Un libro de casos" 185 (1975); R.A. Potash, "El Ejército y la Política en Argentina 1928-1945" (1969); R. A. Potash, "El Ejército y la Política en Argentina 1945-1962: de Perón a Frondizi" (1980).

54 El procedimiento de Habeas Corpus está definido en los artículos 617-644 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal (I.F. Dora de Zavalía ed. 1979). Los actos oficiales pueden también ser cuestionados con los procedimientos de amparo bajo la ley 16986, del 18 de octubre de 1966, (1966) Leyes Nacionales 175. Para una descripción de los procesos de amparo en América Latina, véase en general, H. Fix-Zamudio, "La acción de Amparo en Latinoamérica", 13 Law. Am. 361 (1981).

55 José Guillermo Bertotto, 160 Fallos 104(1931); Herrero vs. Consejo de Reconstrucción de San Juan, 266 Fallos 34, 41 (1966).

56 Véase e.g., Mc. Laughlin vs. Florida, 379, U.S. 184, 191 (1964); Estados Unidos vs. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

do Orgaz en el caso **Sofía** anticipó este desarrollo. Orgaz sugirió que sólo deberfan estar sujetos a las medidas extraordinarias del Ejecutivo durante el estado de emergencia, sin ser susceptibles de revisión judicial, aquellos derechos individuales cuyo ejercicio contribuyó al surgimiento de la emergencia. Era su opinión que, de otra manera, la Corte aplicaría sus criterios usuales de racionalidad en la revisión de las acciones oficiales que no estuvieran directamente relacionadas con el reestablecimiento del orden⁵⁷. Desde ese momento, la mayoría de los miembros de la Corte han sostenido que sólo un limitado número de derechos y libertades podrían ser razonablemente suspendidos durante el estado de sitio —aquellos que son “incompatibles en cada caso con la amenaza al orden”⁵⁸.

Esto se constituyó en el marco analítico dentro del cual la Corte se ha aproximado a denuncias de violaciones de derechos humanos en recursos de Habeas Corpus posteriores a la toma del poder por la Junta. Dentro de sus fallos más significativos están los casos de **Carlos Mariano Zamorano**⁵⁹, **César Ollero**⁶⁰, y **Jacobo Timerman**⁶¹. Cada uno de ellos nos revela el rol que puede jugar la revisión judicial durante el estado de sitio.

Zamorano era un abogado que había sido arrestado poco después que el régimen de Isabel Perón declaró a la Argentina en estado de sitio en 1974. El suyo fue el primer recurso de Habeas Corpus que la Corte admitió en contra de un arresto perpetrado durante un estado de emergencia. Anteriormente tales arrestos eran susceptibles de ser revisados sólo si había violado el artículo 23, ignorando el derecho del detenido de ejercer su opción de dejar el país⁶². Zamorano sostuvo que era tarea de la judicatura al revisar la “razonabilidad” de esos arrestos⁶³. Esto quería decir que el gobierno debía estar en posición de ofrecer “hechos concretos” que relacionaran la detención con las cuasas del estado de sitio; de otra manera la Corte no estaría en condiciones de hacer una revisión fructífera. “El Ejecutivo debe limitarse a proveer una base clara en cada caso, de manera que el juez competente pueda determinar con precisión la correcta extensión en la que deben aplicarse las facultades extra-

ordinrias”⁶⁴. La opinión concluía con un mensaje a la Presidencia de aportar los hechos específicos solicitados por la Corte de Apelaciones en lo Penal con relación a la razonabilidad de la detención de Zamorano.

César Ollero interpuso un recurso de Habeas Corpus en su afán de desentrañar los sucesos que pudieran guiarlo al descubrimiento del paradero de su hija, Inés Ollero, que había desaparecido de Buenos Aires en 1976⁶⁵. Usualmente una acción de Habeas Corpus es considerada procedente sólo cuando está dirigida contra un funcionario identificable al que se le impute la responsabilidad de la detención de una persona. Evidentemente, no es posible establecer con certeza alguna al funcionario responsable de la “detención” de una persona que ha “desaparecido”. Es así que, teóricamente, no es posible emplear el Habeas Corpus para esa muralla de secretos que envuelve el destino de los cientos de víctimas de los facultados por la ley en “el Estado dentro del Estado”. Ese fue en esencia el argumento del Procurador General en el caso Ollero⁶⁷. La Corte admitió que no había evidencia en el expediente de que Inés Ollero estuviese en custodia de las fuerzas del orden. Sin embargo, la Corte resaltó que había evidencia de que ella había estado en un grupo de pasajeros que habían sido vistos cuando eran llevados a una determinada estación policial; en consecuencia, el asunto no podría terminar allí. Dijo la Corte que el Habeas Corpus se había creado “para poner inmediatamente en libertad a quienes estuviesen privados de ella” y que, para ello se “requiere el agotamiento de los procedimientos judiciales”⁶⁸. Entonces, el Juzgado de origen “tendría que haber ampliado la investigación” y “tomado las medidas necesarias” para “clarificar debidamente” el “estado y la situación personal” de la mujer, así como “la realidad de los acontecimientos”⁶⁹. La Corte concluyó devolviendo el caso a la instancia inferior con instrucciones de conducir una investigación del paradero de la “desaparecida”.

Jacobo Timerman fue arrestado el 21 de abril de 1977, bajo un decreto ejecutivo especial, a petición del Comandante en Jefe del Ejército⁷⁰. Fue detenido por estar asociado con David Graiver, el editor

57 Antonio Sofrá, 243 Fallos 504, 529 (1959) (Orgaz, J., voto singular).

58 Daniel Mallo, 282 Fallos 392, 397 (1972).

59 Carlos Mariano Zamorano, 298 Fallos - 441, (1977).

60 Inés Ollero, 300 Fallos 457, (1978).

61 Jacobo Timerman, 300 Fallos 816 (1978), 301 Fallos 771 (1979).

62 G.J. Bidart Campos, “La Corte Suprema Argentina: Tribunal de Garantías Constitucionales” 104 (Traducción de W.J. Brisk, 1982).

63 Zamorano, Supra, nota 59, 445.

64 Id.

65 Ollero, supra, nota 60, 457.

66 Código de Procedimientos en lo Criminal, supra, nota 54, artículos 617, 622.

67 Ollero, supra, nota 60, 458-59.

68 Id., 461.

69 Id.

70 Timerman, Supra, nota 61, 818-19.

de "La Opinión", el diario de Buenos Aires que Timerman publicaba. Graiver era sospechoso de haber proporcionado cuantiosas sumas de dinero a los **Montoneros**, una de las mayores agrupaciones políticas de izquierda que se habían involucrado en actividades terroristas durante los años setenta. Graiver fue muerto en un accidente aéreo mientras estaba fuera del país, a comienzos de abril de 1977. El Decreto 1093/77 ordenó el arresto de Timerman argumentando que tenía una "vinculación estrecha y directa con las causas que motivaron la declaración del estado de sitio"⁷¹. Cinco meses más tarde, después de un período de interrogamiento y tortura bajo la custodia del Ejército⁷² fue juzgado y absuelto por un Consejo de Guerra especial, bajo el Código de Justicia Militar⁷³. Luego, la Junta ordenó que sea puesto bajo arresto domiciliario y se le prive de sus derechos políticos y laborales, bajo el "Acta para considerar la conducta de aquellas personas responsables de ocasionar perjuicios a los Superiores Intereses de la Nación"⁷⁴.

En un Habeas Corpus, la Corte Suprema consideró inconstitucional el arresto domiciliario de Timerman. Sostuvo que su absolución por el Consejo de Guerra especial descartó cualquier conexión entre la asociación de Timerman con Graiver y las "causas que motivaron la declaración del estado de sitio". Entonces, el Decreto en virtud del cual fue arrestado no podía continuar sirviendo como base para que siguiera detenido⁷⁵. Más aún, la resolución de la Junta que ordenó su arresto domiciliario después de la absolución no estaba basada en ninguna prueba de una relación directa entre Timerman y las causas del estado de sitio; de esa manera se propició la orden de un "castigo" no autorizado por el artículo 23 de la Constitución⁷⁶. Consecuentemente, la Corte ordenó su liberación.

Estos casos son continuamente citados como prueba de la permanente vitalidad del estado de derecho en la Argentina y de un verdadero, aunque limitado, progreso en el históricamente independiente Poder Judicial, todo ello en un período en que los procedimientos e instituciones legales convencionales fueron sometidos a una extraordinaria presión⁷⁷. Esta es la conclusión que fluye de una somera lectura de estos casos. Un argumento más sólido puede ser

que el resultado de estos procedimientos muestra, tan claramente como siempre, la incapacidad de un procedimiento legalmente formal para restringir de manera significativa el ejercicio del Poder Ejecutivo durante los estados de sitio.

Así, la sentencia del caso Zamorano que ordenó al Ejecutivo especificar los hechos particulares que una Corte podría considerar en la evaluación de la "razonabilidad" de una detención, ha proveído al gobierno de una fórmula comparativamente simple a seguir en el establecimiento de la legalidad de sus acciones. Un experimentado comentarista judicial opinó que simples declaraciones en el sentido que un prisionero está involucrado en actividades subversivas "han sido suficientes para garantizar su reclusión permanente"⁷⁸.

Fuera de la pirotécnica de la opinión discordante en el caso Ollero y de su defensa de la independencia de las investigaciones judiciales, para determinar el paradero de los **desaparecidos** que son objeto de procedimientos de habeas corpus, dichas investigaciones no han obtenido resultados positivos. Como sugirió Pedro Narvaiz luego de renunciar a su magistratura en la Corte de Apelaciones en lo Penal de Buenos Aires, Ollero ha concedido al Estado una nueva oportunidad de mantener la promesa del Derecho en el oído; pero descartarla en la esperanza: "en realidad nadie obstaculiza las investigaciones judiciales, pero así y todo nunca se hallan respuestas"⁷⁹. La propia Inés Ollero, suficientemente buscada, aún no ha aparecido.

Es verdad que Timerman logró su libertad. Pero no en virtud de la decisión de la Corte ante su acción de habeas corpus. Esta fue ignorada por los Generales del Ejército responsables de su detención, quienes llegaron inclusive a sugerir que los jueces que ordenaron su liberación renuncien a sus puestos en la Corte Suprema⁸⁰. No fue sino hasta que el Presidente Videla, después de una fuerte campaña internacional en favor de Timerman, amagó su resignación en la rendición del Ejército, que ni siquiera allí realmente existió. La solución final de los generales al caso Timerman no fue la liberación del individuo, como ordenó la Corte, sino que fue la anulación de su ciudadanía, la confiscación de sus propiedades y su deportación de la Argentina⁸¹.

71 Id., 819.

72 Para el recuento personal de Timerman sobre la odisea, véase J. Timerman, "Prisionero sin nombre, celda sin número" 9-14, 47-50 (traducción de T. Talbot, 1982).

73 Id., 128-129; Timerman, *supra*, nota 61, 820.

74 Resolución 6 (Junta Militar), 10 de noviembre de 1977 (1978) *Anales* 3.

75 Timerman, *supra*, nota 61, 779-80.

76 Id., 782.

77 Bidart Campos, *supra*, nota 62, 99-100; Informe IACHR, *supra*, nota 9, 231.

78 Id., 105-106.

79 Citado por R. Fernández Taboada y J. Vidal "Quién es Pedro Narvaiz?" *So*, 11 de febrero de 1983, 8.

80. Timerman, *supra*, nota 72, 129.

81 Id.

Además, la Corte jamás encaró directamente las preguntas centrales acerca de la conducta general de la Junta durante su gestión. Como la usual portadora que es de la regularidad de los procedimientos, nunca encaró el tema. Así, por ejemplo, se ha rehusado a examinar la legalidad del estado de sitio en sí. Esencialmente ha sostenido que las declaraciones de la Junta sobre la materia son cuestiones políticas que no pueden ser vistas en juicio⁸², aunque el artículo 23 requiere de la existencia de un "desorden interno" o una "invasión extranjera" para justificar el estado de sitio. En 1981, un Juez de la Corte de Apelaciones declaró que el estado de sitio era inconstitucional; sintomáticamente, días después de emitir su opinión dejó su cargo y abandonó el país⁸³.

Además, la Corte nunca se las arregló ni siquiera para arañar la superficie del problema de los desaparecidos, o para contemplar formalmente la magnitud del poder que las fuerzas paramilitares han ejercido de manera tan clandestina como efectiva desde que la Junta asumió el poder. Tampoco, un estatuto o norma de la Corte ha autorizado nada parecido a una *class action* (*), por ejemplo, que podría de alguna manera dar vida formal a las demandas de las **Madres de la Plaza de Mayo**. La Corte ni siquiera ha declarado expresamente la ilegalidad de la más obvia y explícita violación por la Junta de una disposición específica del artículo 23, la suspensión de la opción de abandonar el país que podía ejercer el prisionero⁸⁴.

Sin embargo, sería un error entonar una especie de marcha fúnebre por las equivocaciones y omisiones de la Judicatura argentina durante los últimos siete años y sugerir que estas "oportunidades perdidas" son de alguna manera la clave para una verdadera aproximación al problema del Estado de Derecho durante un Estado de Sitio. El problema no es que simplemente las instituciones convencionales del proceso legal en Argentina —cortes, jueces, abogados, habeas corpus, la ley— hayan sido ineficaces para frenar a la Junta en el ejercicio del Poder Ejecutivo. Después de todo, ¿qué más podría uno haber esperado? El problema es que el proceso legal, aparentemente disponible como un mecanismo cuasi-autónomo para desafiar y supervisar el poder Ejecutivo, irónicamente

habría funcionado como un insospechado cómplice de los esfuerzos de la Junta por consolidar ese poder.

El convulsionado proceso de lucha por los derechos humanos, de hecho conducente en Argentina a la publicación de opiniones judiciales en casos como los de Zamorano, Ollero y Timerman, ha tenido el efecto de generar una disertación de racionalidad, un lenguaje de razonabilidad, como una herramienta para el delineamiento y el análisis de la conducta gubernamental durante el estado de sitio. La Junta, como parte en esta lucha, ha adquirido una voz en la discusión. El resultado formal de estos casos ha girado en tales puntos según la "suficiencia" de las versiones ofrecidas por el Estado como prueba "justificatoria" de la detención de un prisionero; la "corrección" entre un determinado prisionero, las "causas" de la situación de emergencia y la "conducta" del gobierno al arrestar al individuo. La implicancia de esto está en que el comportamiento de la Junta y sus funcionarios subordinados es susceptible de una modalidad de descripción que incluye términos como "razonabilidad" y "racionalidad". Una declaración judicial de ilegalidad oficial en un caso como los de Zamorano, Ollero o Timerman, sugiere cuando menos la posibilidad de que la acción oficial pueda ser ilegal en algún otro caso y que, con excepción de ese caso, la Junta ha estado operando dentro de los límites de la legalidad.

Desde la perspectiva de la Junta, no interesa que el gobierno "pierda" o "gane" un caso u otro. Siempre encontrará la manera de develar o neutralizar los efectos de una decisión amenazante como las de los casos Zamorano u Ollero. Lo importante es que ella parece ser un verdadero actor en el juego de la retórica legal, un socio con la Corte, los demandantes y el análisis legal, en la búsqueda de legalidad y justificación. El proceso legal ha sido así especialmente importante en la movilización del terror estatal y ha dado a la Junta la posibilidad de dirigirse a la sociedad no sólo a través del amplificador en la manifestación, la proclama en el periódico, el blanco de los rifles en las calles y el electrodo en la cámara de torturas, sino también a través de un vocabulario de razones y derechos. Es por ese motivo que la Junta en Argentina, como sus contrapartes en otros Estados latinoamericanos, ha conservado intactas las cortes durante la administración de un estado de sitio⁸⁵. Las

82 Véase, e.g. Zamorano, supra, nota 59, 441; Timerman, supra, nota 61, 861, 771.

83. Fernández Taboada y Vidal, supra, nota 79, 10.

(*) *Class Action*, es una institución procesal del Derecho Estadounidense, que permite la acumulación de todas las acciones que, por los mismos fundamentos y contra el mismo sujeto, tiene un considerable número de personas (n. de t.).

84 Estado de sitio - Suspensión del derecho de opción para salir del país, 24 de marzo de 1976 (1976) *Anales* 1022, 22; *Acta Institucional*, 21 de setiembre de 1977, (1977) *Anales* 3664. La Corte Suprema cuestionó la legalidad de dicha acción en una reciente acción de habeas corpus; se sostuvo que el Presidente bien podría estar autorizado a denegar el derecho de un prisionero de ejercer su opción de auto-exilio en casos excepcionales donde la sanción ordenada sea la de arresto domiciliario. Benito Alberto Moya, 303 Fallos 696 (1981). Se ha sugerido que este "compromiso" entre la Corte, la Junta y la Constitución "indudablemente falta al artículo 23" Bidart Campos, Supra, nota 62, 109.

85 El General Augusto Pinochet Ugarte, al asumir la Presidencia de Chile como líder de la Junta Militar que derrocó al gobierno de Salvador Allende, el 11 de setiembre de 1973, ordenó la fusión de los poderes ejecutivo y legislativo en un solo cuerpo, pero permitió que la judicatura continúe en funciones. Decreto Ley 27, 11 de setiembre de 1973, *Gaceta Oficial* 28, 653, 24 de Setiembre de 1973; Decreto Ley 1, del 11 de setiembre de 1973, *Gaceta Oficial* 28, 653, 18 de setiembre de 1973.

facciones políticas serán exterminadas, los partidos políticos serán suspendidos, el Congreso será disuelto⁸⁶. Pero las Cortes continúan abiertas y en función, produciendo su discurso de lo correcto y lo incorrecto que indirecta, pero poderosamente, por simple inferencia, lleva a la Junta al envidiable mundo de la racionalidad formal donde comparte los beneficios que sólo un aparato de justificación puede conferir.

IV CONCLUSION

Según se describe, el caso argentino demuestra algo sobre una posible relación entre el Estado, el poder y el Derecho en una sociedad, en el afán de contener la violencia que es un subproducto de las presiones diseminadas y conflictivas de una política revolucionaria y una transformación económica⁸⁷. Nos dice algo sobre el rol de las convenciones legales como elementos integrales en la consolidación del principio de autoridad durante un estado de sitio. También nos indica algo sobre la sutil contribución de la racionalidad formal en la construcción del edificio de justificación que permite a un aparato estatal "oficial" ocultar el terror ejercido en su favor por su Estado. Asimismo, puede darnos un conocimiento muy útil de un proceso de legitimación del principio de autoridad en otras sociedades "dependientes"⁸⁸.

Sin embargo, hoy el pueblo argentino puede estar

narrándonos un relato aún más importante, un relato sobre las limitaciones cruciales de este proceso. Los esfuerzos de la Junta para reivindicarse de los excesos del pasado y de la suerte de los desaparecidos no ha logrado sino un amplio y total rechazo. La demanda de una rendición pública de cuentas es clamorosa y continúa. Al haberle fallado las palabras a la Junta en sus últimas horas, ésta parece haber comenzado a sumergirse en su otro arsenal, sumiendo a un sector de la oposición en un estado irreversible de silencio a través de un disparo en la noche⁸⁹. No obstante, las marchas continúan; las procesiones en las calles de Buenos Aires y en la Plaza de Mayo⁹⁰, en un despliegue de desafíos y esperanzas, esperanzas de que la Junta comparecerá finalmente ante el pueblo, despojada de su poder. Las demostraciones han llamado a la Junta a prepararse para ser juzgados, como si el requisito de la residencia, ese antiguo suplicio de los virreyes, hubiese sido recogido del pasado de América Latina, para intentar atrapar a la Junta en sus contradicciones.

Tal vez la Junta equivocó totalmente su estrategia. Quizás la pretensión de legalidad que tan vehementemente ha cultivado en todos estos años se las ha ingeniado de alguna manera para generar una demanda de que la verdadera justicia, que todos podemos entender, retire ese falso rostro y exponga su ficción de "Derecho", tal cual es en verdad.

86 Acta fijando el propósito, *supra*, nota 23.

87 Para una descripción de los hechos que determinaron la asunción al poder de la Junta en 1976 y del entorno político argentino en general, véase J. Corradi, "Argentina: Un relato detrás de la Guerra", en "Democracia y Dictaduras en América Latina", 31 (I. Howe ed., 1982); B. Keen y M. Wasserman, *supra*, nota 1, 3, 20, 25; P.G. Snow, "Argentina, La política en una sociedad conflictiva", en "Política y Desarrollo Latinoamericano", 98 (H. J. Wiarda y H.F. Kline, eds. 1979).

88 La continua tendencia a la militarización de la vida política en América Latina y en otros países del Tercer Mundo, ha sido descrita por I.L. Horowitz, "Más allá del imperio y la revolución: Militarización y consolidación en el Tercer Mundo" (1982); A. Stepan "Los militares en política: transformando modelos en Brasil" (1971); E.B. Burns, "América Latina: Una breve historia interpretativa", (tercera edición, 1982).

89 Schumacher "La milicia argentina es acusada del asesinato de dos peronistas", N.Y. Times, 19 de mayo de 1983, A1.

90. "Los argentinos protestan por el informe del gobierno sobre la guerra de los setenta", Boston Globe, 21 de mayo de 1983, 3.

A propósito de la promulgación del Código Civil Peruano

Ignacio Izquierdo Alcolea

Profesor de la Universidad Central de Madrid

En virtud del Decreto legislativo No. 295 de 24 de julio de 1984 se promulga el Código Civil de Perú, cuyo proyecto fue aprobado por la Comisión Revisora creada por la Ley No. 23.403. El texto así promulgado consta de 2.132 artículos distribuidos como se señala en el referido Decreto. Consta de un Título preliminar, integrado por los artículos I al X, diez libros y un título final —artículos 2.112 al 2.122— que contiene dos disposiciones finales y nueve transitorias. La primera de las finales ofrece la particularidad de declarar regulados por los preceptos del Código Civil “los contratos de compra-venta, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil”. Se consigue así una regulación unitaria, declarando aplicables a dichos contratos las mismas “disposiciones” del Código.

Se advierten también en éste novedades muy destacables que suponen la introducción en un texto legal ordenado y sistemático de figuras y métodos de clasificación que llegan desde la técnica, desde la ciencia jurídica y desde la experiencia de la vida a que las leyes sirven y de que las leyes se han de servir. Recordamos la separación de los contratos “nominados” “*stricto sensu*” de las otras fuentes de las obligaciones que regula en las secciones tercera —gestión de negocios—, cuarta —enriquecimiento sin causa—, quinta —promesa unilateral— y sexta —responsabilidad extracontractual—, que forman parte del libro VII, que se ocupa de las “Fuentes de las obligaciones”. En la Sección primera, bajo el epígrafe de “Contratos en general”, es decir, de normas relativas a toda especie de contratos, encontramos materias tan interesantes desde el punto de vista dogmático como son la “cesión de posición contractual” —título VII—, la “excesiva onerosidad de la prestación” —título VIII—, la “promesa de la obligación o del hecho de un tercero” —título XI—, el “contrato por persona a nombrar” —título XII— y las “arras confirmatorias” y “arras de retractación” —títulos XIII y XIV—. Las “obligaciones de saneamiento” se recogen también en esta Sección primera, aplicable a todos los contra-

tos, según su naturaleza, estructura, finalidad y función propias; y se compone de “disposiciones generales”, —artículos 1.484 a 1.490— el “Saneamiento por evicción” —artículos 1.491 a 1.502—, el “Saneamiento por vicios ocultos” —artículos 1.503 a 1.523— y el “Saneamiento por hecho propio del transferente” —artículos 1.524 a 1.528—; en esta última modalidad se declara “obligado al saneamiento” al transferente que “por hecho propio” “disminuye el valor del bien, los hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto” —artículo 1.524—. Esta obligación de saneamiento “por hecho propio” del transmitente está concebida en forma tal de rigor que se declara “nulo el pacto” de exoneración o de limitación de responsabilidad por este motivo.

Tiene enorme interés y valor para el jurista el estudio y análisis, “por extenso” e “in concreto”, de este Código moderno y progresista, cuya edición oficial acabo de recibir.

Pero hemos de señalar ahora, sin perjuicio de volver en otras ocasiones esperadas sobre materias concretas, el relieve de una serie de valiosos, y algunos muy penetrantes y completos trabajos monográficos, que se reúnen en dos volúmenes publicados, en 1984 y en 1985, por la Pontificia Universidad Católica del Perú; los dos tomos recogen un total de dieciséis trabajos “de profesores... que fueron miembros de las comisiones que han elaborado el Código Civil en 1984 o que colaboraron con ellas”, según se lee en las líneas de “presentación” y referencia, “sobre determinados puntos fundamentales de los diversos libros del Código, que por su importancia, transformaciones, novedad o complejidad, merecen un estudio especial de parte de los profesionales del Derecho... y recorren todo el Código Civil, contribuyendo a su comprensión integral”.

La sola exposición de su contenido pone de manifiesto su alcance científico, técnico y práctico. Ex-

cede con mucho a la modestia de su título, que se concibe simplemente como "Para leer el Código Civil". Constituye más bien un instrumento para la enseñanza del Derecho Civil.

En cada uno de los volúmenes mencionados se contienen sendos trabajos del joven profesor don Carlos Cárdenas Quirós. Comentaremos el trabajo del doctor Cárdenas Quirós que se recoge en el tomo primero, bajo el título de "El Pago con títulos valores (A propósito del artículo 1.233 del nuevo Código Civil)". Queremos dejar constancia de su método analítico y de su sistema en la exposición, que lo hacen sumamente expresivo.

Empieza el autor aludiendo, muy oportuna y felizmente, al origen y antecedente legislativos de que proceden los preceptos que integran el artículo 1.233 a que se contrae; se refiere a su alcance para la aplicación de éste, que es tanto como decir los supuestos económicos que contempla, la llamada "quaestio facti", las previsiones del legislador, las condiciones de hecho que han de darse al intérprete y al juez, para desentrañar el sentido y significado de la norma a efectos de su aplicabilidad; a las consecuencias del comportamiento negligente o simplemente omisivo del acreedor a quien se entregan los títulos "animus solvendi obligationum"; a la variedad de "títulos valores" que comprende el artículo 1.233; a la entrega de los mismos a terceros con respecto a la relación jurídica de que dimana la obligación a cuyo cumplimiento se aplica —"poenitus stranei"—; a las consecuencias del pago o efectividad de los títulos valores recibidos por el acreedor, esto es, a su realización; a los efectos del "perjuicio del título valor", y a la suspensión de las acciones derivadas del contrato o negocio jurídico de que nació la obligación cuya prestación se pretende realizar mediante el pago.

Se trata de un estudio detenido, inteligente y muy bien documentado, de conclusiones muy seguras, como corresponde al adecuado planteamiento de la cuestión que hace de él el profesor Carlos Cárdenas Quirós. Podemos decir que le ha dotado de buenas apoyaturas doctrinales.

Partiendo de él y con intento que nos parece legítimo de análisis dogmático formal, podríamos decir:

1. Que si el pago se caracteriza por la realización completa de la prestación que constituye el objeto de la obligación que a través de él se pretende extinguir como medio más normal y más completo de las dinerarias, debe procurarse que el interés que reside en el derecho de crédito correlativo se satisfaga por completo, única forma de que el deudor quede liberado de la responsabilidad que impone toda obligación; y esto sólo se consigue con la prestación solutoria prevista, salvo que el acreedor manifieste una

voluntad liberatoria diferente, lo que puede tener lugar con la condonación o remisión de la deuda y con la novación de las obligaciones, formas ambas reconocidas como idóneas para la extinción de éstas, por el consentimiento del titular del crédito, aunque con una muy importante diferencia: que en el segundo supuesto la obligación nueva sustituye a la primitiva novada, por lo que en rigor hasta que no se extingue la segunda no se cumple ni se satisface el interés del acreedor de que antes hablábamos.

La novación supone el cambio de una relación obligatoria por otra, con ánimo de extinguir o modificar la anterior de modo esencial, creándose esta última dispar de la anterior, con "animus novandi" (Sentencias de 9 de abril de 1957, de 20 de enero de 1961 y de 17 de junio de 1966, entre otras). Las sentencias de 11 de junio de 1947 y la de 31 de octubre de 1962 declararon en este sentido que la novación, comprendida por el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones, ofrece la singularidad, que le caracteriza y distingue de las demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarla o sustituirla por otra...

Mientras que la remisión entraña una renuncia al derecho mismo y, por tanto, a las acciones dirigidas a su actuación, procesal o extraprocesal.

Pues bien, lo importante es tener en cuenta ahora esa nota diferenciadora y característica del pago como forma extintiva de la obligación: la de su **integridad** en el cumplimiento, la **identidad** de la **prestación** con lo convenido y la **indivisibilidad**. Así se desprende de los artículos 1.157, párrafos primero del 1.166 y del 1.169 del Código Civil español; y de los artículos 1.220, 1132 y 1.221 del peruano.

Esto influye de manera decisiva en la cuestión que nos ocupa, puesto que la entrega de los títulos valores a que se refiere el artículo 1.170 de nuestro Código Civil y el 1.233 del peruano no implica por sí sola la satisfacción del interés del acreedor ni, en consecuencia, el cumplimiento de la obligación correlativa que produzca su extinción.

En este hecho reside la finalidad del precepto, que es, a nuestro juicio, lo que ha de buscar el jurista en su tarea de interpretación y análisis, por cuanto que la finalidad que cumplen y la función que desempeña su establecimiento es lo que verdaderamente dota de fundamento sociológico a las instituciones.

2. Es también preciso señalar en la tarea de la construcción jurídica un dato que funciona como requisito previo, presupuesto o, si se quiere, como una "condictio legis" para que entre en juego la previsión legislativa; cual es la **preexistencia** de la obligación que se pretende cumplir con la entrega de los títulos

los o documentos a que se refieren los artículos que nos ocupan; esto es, el llamado técnicamente "nomen verum", o realidad de la deuda y del crédito a que se refiere. Pero esto es, como parece lógico, una auténtica exigencia conceptual.

Existencia de la deuda y su efectiva y definitiva **satisfacción** o cumplimiento constituyen, pues, los polos del eje alrededor del cual gira todo lo concerniente al pago, y, por ende, también cuando se trata de la modalidad que nos ocupa de la entrega de títulos sean cuales sean su condición y carácter, que ésta es cuestión distinta.

Es particularmente completo e interesante el estudio que realiza el doctor Cárdenas Quirós de la cuestión relativa al "perjuicio del título valor" por las hipótesis que prevé y desenvuelve de conformidad con las circunstancias en que pueden producirse tales consecuencias de pérdida de valor jurídico de los documentos y de las acciones, cambiarias y ejecutivas, inherentes a la condición de cada uno de ellos.

Nos permitiríamos, esto no obstante, señalar que la sanción que se prevé en tal supuesto de que "se hubiesen perjudicado" los títulos o documentos "por culpa del acreedor", responde a un fundamento distinto del que el autor señala, pues no se busca, en nuestra opinión, tanto "proteger al acreedor diligente", cuanto hacer responsable al descuidado o negligente por su conducta al no presentar los títulos en la oportunidad prevista para el pago de su importe o al no procurar la práctica de aquellas diligencias o formalidades habilitantes para que conserven, o para que no pierdan, según los casos, su valor y fuerza propios de su carácter documental acreditativo del crédito que representan.

El artículo 1.233 del Código Civil peruano introduce una innovación con respecto a sus precedentes históricos, al referirse al "pacto en contrario" que cabe celebrarse entre el acreedor que recibe los documentos y el deudor que los entrega "animus solvendi", aunque con las limitaciones propias de la finalidad propuesta de pago, es decir, de que los títulos objeto de la entrega fueran efectivamente pagados o cuando se perjudiquen por culpa del acreedor.

Creemos, en efecto, que los interesados en el

cumplimiento de la obligación originaria pueden convenir que la simple entrega de los títulos y documentos suponga el cumplimiento de la obligación, porque atribuyan a dichos documentos y títulos el mismo valor liberatorio que al dinero mismo objeto de las obligaciones a que se contrae, que han de ser, por hipótesis, dinerarias. De esta forma, la entrega de los documentos libera al deudor, no porque se satisfaga íntegramente el interés del acreedor ni porque se realice la prestación convenida —**identidad del pago**, como hemos visto antes— sino porque, de común acuerdo, asignar a la entrega de los documentos función de pago, abstracción hecha de que alcancen o no el fin económico que comportan. En definitiva, y a efectos de la construcción conceptual, puede decirse que se produce una "vera datio in soluto", "ratione voluntatis", al amparo de la libertad de pactos cuyo principio proclaman los artículos 1.255 del Código Civil español y 1.354, en relación con el 1.361, párrafo primero, del peruano. Y hay que señalar que la entrega de los títulos y documentos se efectúa en virtud de contrato, independientemente de la naturaleza jurídica que se asigne al pago como realización de la prestación debida.

Estas reflexiones, al menos en el propósito de quien las hace, suponen un homenaje de respeto y esperanza para el nuevo Código Civil peruano y al joven profesor Cárdenas Quiros. El primero inicia apenas su andadura; el doctor Cárdenas Quirós tiene ya acreditada una fecunda y admirable vida intelectual y doctrinal; es una realidad plena, y una esperanza todavía mejor.

El Código Civil constituye un buen instrumento de convivencia en paz del noble y generoso pueblo hermano; y una insuperable herramienta de trabajo para la formación de los juristas. Como escribió Cicerón en su Diálogo "De legibus", las leyes son los magistrados silentes —lex, magistratus mutus—, los magistrados, las leyes que hablan —"magistratus, lex loquens"—. Que hablen los magistrados desde las leyes para su aplicación en la vida colectiva; que las leyes nuevas inspiren a los jueces en su delicada y difícil tarea de dictar sentencias justas, garanta de la paz social, suprema finalidad del Derecho en su realización concreta.

Madrid, octubre de 1985

El abogado (*)

(Primera Parte)

Manuel P. Olaechea

Abogado. Socio del Estudio Olaechea

"Lo primero que debiéramos hacer es matar a todos los abogados".

Shakespeare, King Henry VI, Acto IV.

La función del abogado es tan necesaria en la vida de la sociedad como la del juez, de quien el abogado es colaborador.

Desde que los hombres disputan, y ello comenzó con Caín y Abel, alguien que dirima sus derechos tiene que existir.

La defensa de los mismos requiere elocuencia y conocimientos, estos últimos más complejos y abundantes a medida que progresa la sociedad. Recurrir al defensor es acto de elemental prudencia. Son los abogados quienes presentan con lógica y técnica a los jueces los hechos del caso y las leyes aplicables, simplificando así la labor del juzgador. De ahí que se diga que son colaboradores de la justicia.

Entendiéndolo así, los abogados de todos los tiempos y de todas las naciones han puesto especial empeño en relieves lo que de prestigio y función social tiene su profesión.

La **orden**, desde que así la bautizó el Emperador de Oriente Justino en el siglo VI de nuestra era, para distinguirla de los gremios y de los comerciantes, que incluían labores materiales, ha procurado siempre que la conducta de sus miembros se ciña a las reglas del honor y la verdad.

En su origen la profesión era únicamente ejercida por personas ilustres, que llevaban a cabo sus defensas en forma gratuita, como un honroso deber que surgía como contrapartida de ser jefe de la familia, de la **gens**. Era una obligación correlativa del privilegio del dirigente. En otras palabras, el verdadero y único sentido de la aristocracia: no ocasión de ocio,

sino motivo de responsabilidad y preocupación por los demás. El jefe de la **gens** ejerce su función de defensor a favor de sus familiares y **clientes**. "El orador forense —dice Tácito— fue en Grecia y Roma la más alta expresión de la ciudadanía"; y agrega en el Libro XI de Los Anales que "Los antiguos oradores consideraron la fama ante la posteridad como la mejor recompensa a su elocuencia".

La **orden** estaba reservada a personas ilustres y sólo la multiplicación de las necesidades de la defensa obligaron a ampliarla más tarde a otras personas que por su vocación y capacidad oratoria solicitaban su inscripción en la tabla de los defensores **carere foro**. La matrícula en los Colegios de Abogado es un vestigio de esta inscripción.

La abogacía, como todas las profesiones en una u otra época, ha sido objeto de burlas y críticas. Ya veremos más adelante cómo estos juicios obedecen a la ignorancia sobre la complejidad de la función que desempeña el abogado en la sociedad y de la distorsión de que es objeto por algunos de los propios miembros de esta profesión.

"Si se pregunta —dice Calamandrei— a cualquier persona de buen sentido, profana en los misterios del arte forense, cuál es en la sociedad humana la función del abogado, nos responderá —¡Y hay que agradecer a la suerte si la respuesta es tan benévola!— que el oficio del abogado consiste en hacer triunfar las pretensiones del cliente"¹.

La versión popular es mucho más dura y sería atrevido sostener que el abogado goza de simpatía

(*) Este artículo fue publicado originalmente a manera de Apéndice en la obra titulada "Estudio Olaechea 1878—1978". Se reproduce con la autorización del autor.

1. Piero Calamandrei, *Demasiados Abogados*, Librería General del Victoriano Suárez, Madrid, 1929, pág. 1.

en la opinión pública. "El espíritu popular ve en el abogado el genio maléfico del mundo judicial; y todavía hoy, cuando quiere compadecer a alguno que está a punto de arruinarse en pleitos, dice simplemente que el pobrecito ha acabado en manos de los abogados, con la misma entonación fúnebre con que hablaría de un naufrago caído en manos de los antropófagos"².

Reiteradas y terribles son las advertencias del Antiguo y Nuevo Testamento a los abogados y jueces prevaricadores o injustos. "En el juicio —dice el Deuteronomio— no hagáis acepción de personas, oiréis al pequeño lo mismo que al grande. No temáis a nadie, porque el juicio es de Dios más la causa demasiado difícil para vosotros, oíedla a mí y yo la oiré" (1,17); y nos habla luego el Libro I de los Reyes sobre los malos abogados "que apartándose siguieron su propio interés, aceptando regalos y torciendo el derecho" (8,3).

Isaías condena el materialismo de los abogados y jueces cuando dice "todos aman el soborno y van tras los presentes, no hacen justicia al huérfano ni llega a ellos el caso de la viuda" (1,23). Jeremías califica en términos similares a los abogados. "Armar trampas para cazar hombres. Como jaulas llenas de pájaros, así están sus casas llenas de fraude; así se han engrandecido y enriquecido. Engordaron y brillan de gordura; sobresalen en maldad; no hacen justicia al huérfano - y sin embargo - no hacen justicia a los pobres" (2,26). También Miqueas amenaza a Sion con su ruina "por abominar de la justicia y pervertir lo recto, juzgar por dádivas y proceder con injusticia" (3,9-12).

El Nuevo Testamento no es menos imprecatorio. En el Evangelio de San Lucas Jesús menciona a aquellos "que dejáis de lado la justicia". "Ay de vosotros hombres de la ley porque agobiáis a los demás con cargas abrumadoras, en tanto que por dentro estáis llenos de rapiña y de iniquidad insensatos! (11,37 a 38). Y para terminar, San Pablo en su primera Carta a los Corintios advierte, a quienes litigan, con estas palabras: "Pero sois vosotros los que hacéis injusticia y despojáis, y eso a hermanos. ¿No sabéis que los inicuos no heredarán el Reino de Dios? No os hagáis ilusiones" (6,8).

No obstante los esfuerzos de la **orden** por vincularse con una idea del honor casi aristocrática y de un alto sentido de la moral, la imaginación popular, la literatura y la filosofía cuestionan lógica y moralmente, con ironía y hasta con burla a nuestra profesión. Los filósofos rechazan su posibilidad lógica y conceptual.

L. H. Mencken, el escritor y periodista norteamericano de la primera mitad del siglo XX, amante

de la paradoja y siempre deseoso de escandalizar, se pregunta ¿qué cosa es un Tribunal? y contesta: un lugar en el que Jesucristo y Judas Iscariote tienen las mismas posibilidades, inclinándose ligeramente la balanza a favor del segundo.

Para el novelista y autor teatral francés Jean Giraudoux, ningún poeta ha logrado interpretar la naturaleza con tanta libertad como los abogados lo han hecho con la verdad.

Pero quien se extiende en sagaces e irónicas apreciaciones sobre la profesión del abogado es Jonathan Swift en sus **Viajes de Gulliver** (1700).

Al hablar de los honorarios de los abogados hemos contado de la llegada de Gulliver a la isla de los Houyhnhnms.

En los diálogos que tiene con el re-caballo, sobre los abogados y la justicia se refleja verdaderamente el pensamiento del hombre común de aquellos tiempos sobre el abogado. El concepto de la mentira, es "decir la cosa que no era", produjo en el rey gran confusión.

Pero su sorpresa llegó al límite cuando relata Gulliver: "yo le dije que algunos miembros de mi tripulación habían dejado su país al ser arruinados por la ley, cuyo sentido yo, ya le había explicado; no podía comprender cómo la ley, cuyo propósito era proteger a cada hombre, podía ser la ruina de algunos. En consecuencia, deseaba que le explicara más satisfactoriamente qué era la ley y quienes la administraban, de acuerdo con las prácticas en mi país, puesto que a su juicio, la naturaleza y la razón eran guías suficientes para que cualquier animal racional, como los hombres pretendían serlo, pudiera saber qué debía hacer y qué debía evitar".

Y continúa Gulliver, "yo le aseguré a Su Alteza que la ley era una ciencia en la que yo no estaba muy familiarizado y de la que sólo tenía un pequeño conocimiento que había obtenido por el empleo de abogados, vanamente, en el deseo de corregir algunas injusticias de que había sido víctima, así como por las conversaciones con algunos otros que por el mismo método habían perdido su fortuna y luego tenido que dejar su país".

Para mejor explicar al rey la mentalidad de los abogados, Gulliver le expone un caso: "Mi vecino, por ejemplo, tiene en mente apoderarse de mi vaca. Contrata a un abogado para que pruebe que mi vecino debe tener mi vaca. Yo entonces debo tomar otro abogado para que defienda mi derecho, porque es contra las reglas legales que cualquier hombre pueda

2. Piero Calamandrei, obra citada, pág. 10.

defenderse solo. Ahora en este caso yo, que soy el verdadero propietario, me encuentro frente a dos desventajas. Primero, mi abogado que, como ya lo dije antes, practica casi desde la cuna la defensa de la mentira, se encuentra fuera de su elemento cuando tiene que defender la verdad, lo que por no ser natural a su oficio, lo hace con gran torpeza, si no con mala voluntad. La segunda desventaja es que mi abogado debe proceder con gran cuidado, porque si el mantenimiento de tantos depende de prorrogar los litigios y él procede en forma sumaria, si no incurre en el desagrado de sus superiores, sufrirá seguramente la mala voluntad y el odio de sus hermanos, por considerarlo como uno que reduce la práctica de la ley”.

“Frente a esta situación —continúa Gulliver— sólo me quedan dos métodos para salvar mi vaca. El primero es comprar al abogado de mi adversario por el doble de su honorario. Dado sus antecedentes de educación, será fácil que deje a su cliente y que la balanza se incline a mi favor. La otra forma en que puede proceder mi abogado es no insistir en la justicia de mi causa, sino admitir que la vaca pertenece a mi adversario y esto, si es hecho con habilidad y destreza, facilitará grandemente que obtenga un veredicto favorable, pues ha sido comprobado, después de cuidadosa observación de casos y eventos, que la parte que no tiene la razón, bajo la dirección de tales expertos tiene mejores posibilidades de éxito...”.

Y termina Gulliver, “es máxima entre los abogados que lo que antes se hizo pueda hacerse legalmente otra vez y por ello registran cuidadosamente todas las decisiones que se han dictado anteriormente contra la justicia, la razón y el género humano y luego, bajo el nombre de precedentes, presentan estas decisiones ante las autoridades para justificar las opiniones más inicuas”.

Aquí el rey repuso que “era una lástima que criaturas dotadas de tan prodigiosas habilidades mentales como deberían ser ciertamente aquellos abogados cuya descripción yo hacía, no se sintieran inclinadas a ser instructores de otros en sabiduría y conocimiento”.

A lo que respondió Gulliver: “Que el estudio de sus negocios, que ellos llamaban profesión, absorbía todos sus pensamientos y tomaba todo su tiempo sin que nadie más les preocupara y por consiguiente todo lo que no se relacionaba con su propio negocio. Muchos de ellos eran de tanta ignorancia y estupidez que era difícil encontrar en cualquier otra profesión una generación de hombres más viles en una conversación común, o un grupo que se viese como enemigo de todo conocimiento o estudio, igualmente dispuesto a pervertir la razón general de la humanidad en cualquier tema, tal como lo hacían con el de su oficio”³.

Narración similar sobre cómo la justicia y la ley pueden destruir a los hombres encontramos en *Crainquebille*, el inmortal personaje de Anatole France. Un vendedor ambulante de verduras es detenido y acusado de un delito que no había cometido, se le culpa sin razón de haber insultado a un guardia. Cogido por las pinzas de la pompa y la rutina de los procedimientos judiciales, es condenado y luego liberado. Pero ya es un expresidiario. El vacío lo rodea, llega a la pobreza, se dedica a beber. Viene la miseria y recuerda que en la cárcel se estaba bien, resguardado del frío y del hambre, sabe lo que precisa hacer para ir ahí. Entonces insulta realmente a un guardia. En medio de su sorpresa y vergüenza, el cuidador del orden le censura su conducta, haciéndole ver que un anciano no debe agraviar a quien pasa la noche sacrificado por el orden público. *Crainquebille* trata de explicarse avergonzado. El guardia, sin aceptar sus justificaciones, le ordena seguir su camino y se pierde en la niebla del amanecer de un día de invierno en París. Esta historia es una de las más ácidas que se han escrito sobre la justicia humana. Sus reflexiones sobre lo que pasa por la mente del juez, del abogado, del reo, de los habituados a las audiencias judiciales y de alguien que concurre por primera vez a un proceso y le choca la rutina judicial, son sumamente interesantes⁴.

La literatura peruana tampoco es ajena a la diatriba contra los abogados.

Don Ricardo Palma en sus *Tradiciones Peruanas* tiene una que se denomina *El Abogado de los Abogados*. Según Palma, el Señor había dado orden de que no entrasen abogados al Cielo y que a todo abogado que tocara la puerta, si no tenía en orden su pasaporte se le prohibiera la entrada. Una mañana, al alba, llegó a la portería un viejito acompañado de un gato. Al preguntarle San Pedro quién era, le contestó Ibo y le entregó en un canuto de hojalata su pasaporte. La comisión de santos encargada del examen de pasaportes lo hallaron correcto, por lo que autorizaron la entrada del viejecito seguido del gato. Sentados al calor del fuego de la portería, el vejezuelo preguntó a San Pedro si estaba contento con su cargo y si no temía perderlo, alegándole que era importante saber si tenía título formal, en papel timbrado, con derechos pagados y tomas de razón. San Pedro confesó carecer de ese documento, y entonces el abogado le expresó “Felicítase de mi venida. Deme papel sellado del sello de pobre de solemnidad, pluma y tintero y en tres suspiros le emborrónó un recursito reclamando la expedición del título, y en un otrosí pediremos también —le dijo— que se le declare la antigüedad en el empleo para cuando le venga en antojo jubilarse”.

San Pedro llevó el recurso al Omnipotente, quien después de destruir el papel, le dijo: “De seguro que te descuidaste con la puerta y tenemos ya abogado en casa”.

3 Jonathan Swift, *Viajes de Gulliver*.

4 Anatole France, *Crainquebille*, Aguilar, Madrid, 1946, Tomo II, pág. 223.

"Y desde ese día los abogados de la tierra tuvieron en el cielo uno de la profesión; esto es, un velador y patrón en San Ibo, el santo que la Iglesia nos pinta con un gato a los pies, como diciéndonos que al que en pleitos se mete lo menos malo que puede sucederle es salir arañado".

"Ello es que hasta el pueblo romano, al saber que al fin había conseguido un abogado entrar en la corte celestial, no dejó de escandalizarse, pues en las fiestas de la canonización de San Ibo cantaron los granujas: *Advocatus et sanctus? Res miranda pópulo*"⁵.

En Ica solía decirse: "Eramos cinco; tres cristianos y dos abogados.

La figura del **picapleitos** que busca y enciende conflictos en su propio beneficio, que vende su alma para nutrir el cuerpo⁶, aparece repetidas veces en las obras de los grandes escritores y puede sintetizarse en la cita de Shakespeare que inicia este texto.

El abogado es el "incubador de pleitos" para Aristófanes.⁷

El problema de que la verdad es sólo una y que dos abogados no pueden defender lo contrario, ha intrigado a los pensadores, llevándolos a la conclusión que uno de los dos actúa de mala fe. Para un orador forense, "no existen la razón ni la sinrazón; no hay más causa que la propia, el negocio mío y la causa ajena. Nada más"⁸.

El teatro francés nos presenta el caso de un abogado que puede hacer negro lo blanco y blanco lo negro⁹.

Muchas serían las citas que podríamos acumular sobre los abogados, su moralidad y sus métodos. Concluyamos contraponiendo dos conceptos.

En tanto que para Tácito "es para atender a las necesidades y a los negocios de la vida que se paga por la elocuencia, gracias a la cual, nadie por falta de un abogado está a la merced de los poderosos", el gran banquero norteamericano J. Pierpont Morgan señala: "Yo no necesito un abogado para que me diga lo que puedo hacer. Lo contrato para que me diga cómo hacer lo que quiero hacer".

En su inmortal obra **La Declinación y Caída del Imperio Romano**, Edward Gibbon dice: "El honor de una profesión liberal, ilustrada por abogados, antiguos y modernos, que actuaron con integridad y sabiduría, pudo después cooperar a la decadencia de Roma. Ese noble arte fue ejercido con malicia, encono y sordidez, sin importar fama ni justicia. Los abogados rapaces esquilaban a sus clientes hasta que eran despididos cuando su fortuna y paciencia estaba exhausta"¹⁰.

El propio Cicerón, paradigma del abogado, en una oportunidad en que un tal Numancio, a quien había defendido y hecho absolver, se preciaba de su absolución, se enfadó tanto que le dijo: "Te figuras que debes la absolución a tu inocencia y no a la elocuencia con que fasciné a tus jueces". Y otro día que censuró a Craso después de haberlo elogiado públicamente, cuando aquél le reprochó su conducta, le replicó Cicerón: "Sí, quise probar mi elocuencia en la defensa de un ingrato"¹¹.

Algunos filósofos descartan que moral y lógicamente se puedan defender con honestidad dos cosas distintas. Otros ahondando un poco más en el problema, sólo han llegado a explicarse la existencia de los abogados por los vacíos de las leyes y la defectuosa administración de justicia. "Si la ley fuera tan clara e inteligible —dice Stuart Mill— que no pudiese equivocarse su significado; si la administración de justicia fuese tan clara y expeditiva que a nadie beneficiase contestar una demanda justa, los abogados morirían de hambre".

Pero si para los literatos, los filósofos y la opinión pública la abogacía no ha merecido un juicio favorable, los dictadores y los revolucionarios también se han opuesto a ella, pero no por razones teóricas sino de hecho.

Los dictadores, porque el derecho individual les estorba para realizar sus propósitos. Nada de resistir su voluntad.

El abogado que asiste al enemigo del dictador, le impide sus propósitos, invoca constituciones, leyes, derechos, que complican la ejecución de sus deseos. Hay que reprimirlos, limitarlos. Prohibirles su intervención en determinados casos; mediatizar a los jueces para esterilizar su acción. Sus deseos, razones de hecho, los impulsan a combatir al abogado.

Distinto es el caso de los revolucionarios. Salvo el caso del abogado o jurisconsulto que actúa como legislador, que crea derecho, que impulsa en su lento decantar la ciencia jurídica, el abogado es, por formación, conservador. Su misión es velar por la aplicación de la legislación vigente. Su cambio le mortifica, lo aproxima a lo desconocido. "Si yo juzgara contra la fuerza —hace Anatole France decir al juez Bourriche— mis sentencias no serían ejecutadas. Observad que las leyes sólo son obedecidas mientras la fuerza reside en ellas". No en vano a continuación define la justicia "como la sanción de las injusticias establecidas"¹².

Dentro de este plano, el revolucionario, que por definición cambia la situación, crea y suprime derechos, encuentra también en el abogado un opositor

5. Ricardo Palma *Tradiciones Peruanas*, Calpe, Madrid, Tomo IV, pág. 402.

6. Quintiliano Saldaña, obra citada, pág. 86.

7. Aristófanes, *Los Pájaros*.

8. Quintiliano Saldaña, obra citada, pág. 60.

9. Verneuil, *Maitre Bolvec et son mari*.

10. Edward Gibbon, *La Declinación y Caída del Imperio Romano*, The Great Books, Tomo I, pág. 245.

11. Plutarco, *Vidas de Varones Ilustres*, Casa Editorial Garnier Hnos., 1921, pág. 433.

12. Anatole France, *ibid*.

que impide, objeta y retarda los cambios.

La Revolución Francesa por decreto de 2 de setiembre de 1790 puso fin a **la orden** así como a las funciones y uniformes de estos profesionales. Un año más tarde de tan inconsulto decreto, el 29 de enero de 1791, fue preciso permitir a los litigantes emplear un defensor. Durante esos seis meses, un grupo de ancianos abogados mantuvo la antorcha de **la orden** bajo el nombre de los **Avocats du Marais**, defendiendo honorable y gratuitamente a los que lo necesitaban.

Bajo el Consulado y el Imperio, la naturaleza de las cosas y las exigencias del buen gobierno hacen renacer **la orden**¹³.

Mucho más graves, aunque también infundados, son los ataques de los socialistas a los abogados. Sus teóricos los califican como instrumentos improductivos de la economía capitalista, destinados a ser suprimidos el día en que sean abolidas las desigualdades económicas del actual régimen social. Las leyes serán tan claras y tan pocas en el Estado comunista que todos las conocerán. No existirá el derecho de propiedad ni muchos otros, todo será sencillo.

Reissner, profesor de la Universidad de Moscú, escribía en una revista italiana: "Se puede decir, sin temor a exagerar, que en la sociedad burguesa la corporación de juristas es la salvaguarda más fiel del capital".

"Los abogados, animales parásitos, portavoces de los burgueses —dice un autor italiano anónimo— cómplices de todos los delitos y de todas las infamias de la burguesía, fraguadores de leyes que intencionadamente hacen oscuras y retorcidas para poder especular con el equívoco y hacerse indispensables..."

Y bien, deteniendo tanta crítica, tanto ataque, preguntémonos: ¿Es verdad todo lo que se dice de los abogados? ¿Es verdad que no hay nada bueno en ellos? ¿Es posible suprimirlos?

La respuesta fluye clara, fácil, irrefutable. Las humorísticas referencias del vulgo y de la literatura universal; las reflexiones de algunos pensadores; las críticas de los dictadores y de los revolucionarios no han penetrado al fondo del problema, a la esencia del abogado y de su función.

El abogado es necesario en la sociedad y su presencia es más indispensable en la medida en que la sociedad es cada vez más compleja, en que las relaciones entre los hombres son más numerosas e intensas. Los abogados no van a desaparecer. Decimos esto

para tranquilidad nuestra, de nuestros leguleyos y de los leguleyos de nuestros leguleyos.

Por espacio de muchos siglos y aún en algunos países, el abogado que litiga y el abogado que asesora al cliente han tenido funciones y títulos distintos. La labor de comparecer ante los tribunales en defensa del cliente ha sido siempre estimada como la función por excelencia, la más alta y la más noble. En este sentido se le ha considerado como auxiliar de la justicia. Cuando el abogado asesora al cliente en asuntos comerciales, en el manejo de sus negocios, se le ha denominado procurador.

"Nadie puede negar que, históricamente, la abogacía ha surgido en servicio del interés privado..., el proceso fue concebido como un duelo legalizado entre dos intereses individuales, en medio de los cuales el Estado se colocaba como espectador pasivo.. con tal que quedare garantizado que los combatientes luchaban con armas iguales se desinteresaba del resultado de la contienda... La función del abogado aparece por el contrario cambiada y elevada cuando en el Estado constitucional, que reivindica para sí la función jurisdiccional como complemento indispensable de la legislativa, se comienza a sentir que el resultado del proceso no es extraño al interés público, ya que en todo proceso se encuentra en juego la aplicación de la ley, es decir, el respeto a la voluntad colectiva"¹⁴.

La profesión implica pues una función de carácter público.

"Mientras en el proceso —agrega Calamandrei— se veía sólo un conflicto entre dos intereses privados, fácilmente el abogado, con tal que su cliente triunfase, se transformaba en picapleitos; pero hoy, cuando se piensa que el proceso sirve para reafirmar con la sentencia la autoridad del Estado, la existencia de los profesionales del Foro no se justifica sino cuando se les ve como colaboradores y no burladores del juez"¹⁵.

Y seguiremos citando al mismo autor que con tanto brillo trata el tema: "No hablemos de la fina distinción inglesa del **solicitor** que trata con la clientela y el **barrister** que después de examinar el caso con el **solicitor** se dirige a los tribunales"¹⁶.

Tampoco lleguemos al Gobernador Sancho Panza a quien don Quijote da sabios y prudentes consejos para tratar con los litigantes directamente: "Hallen en tí —le dice— más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico... Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como entre los sollozos e importuni-

14. Piero Calamandrei, obra citada, pág. 2.

15. Piero Calamandrei, obra citada, pág. 4.

16. Jean Appleton, obra citada, pág. 83.

dades del pobre... Si acaso doblares la vara de la justicia que no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.. Si alguna mujer hermosa viniera a pedirte justicia quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos y considera despacio la sustancia de lo que te pide"¹⁷.

Observemos que si bien nuestro ilustre don Miguel es exacto en calificar algunos de los peligros a que se exponen los jueces, olvidó en el tintero recomendar a Sancho que sus litigantes se presentaran asistidos de abogado.

La obscuridad de los planteamientos de los litigantes y la falta de referencias a las disposiciones legales aplicables, dificultarían y aún harían imposible la función judicial.

La intervención de los abogados en el proceso se inspira precisamente en el propósito de ayudar al juez, en dar serenidad y agilidad al proceso. El abogado acumula los materiales del litigio y los arma. Su presentación es clara y técnica. No está destinada a engañar al juez, quien también es un técnico, un jurisperito y debe saber discernir la verdad entre los argumentos y razones de los abogados. El juez después de estudiar lo alegado por ambas partes, debe ver casi instantáneamente el punto vital de la controversia y la disposición aplicable. Su sentencia es una expresión del Estado, de uno de sus atributos, la jurisdicción.

James Boswell en su libro *Vida de Johnson* trata también de este tema en un diálogo con el personaje de su biografía y dice así: "Le pregunté si, como moralista, la práctica de la abogacía hasta cierto punto no dañaba el bello sentimiento de la honradez". Johnson le responde: "No, si usted actúa debidamente. Usted no debe engañar a sus clientes con falsas afirmaciones sobre su opinión; usted no debe mentir al juez". Boswell: "Pero qué piensa usted de una causa que usted sabe es mala". Johnson: "Usted no sabe si es mala o es buena hasta que el juez lo determina. El abogado debe limitarse a expresar los hechos justamente, de modo tal que lo que usted piensa o usted llama saber que una causa es mala resulte de su propio razonamiento, de que usted supone que sus argumentos son débiles o inconsistentes pero no, ello no es suficiente. Un argumento que a usted puede no convencerlo, puede convencer al juez a quien usted se dirige. Y si lo convence, entonces usted es el equivocado y él el que está en razón. Juzgar es negocio del juez y usted no debe confiarse en creer que la causa es mala sino por el contrario debe decir todo lo que pueda sobre su cliente y entonces oír la opinión del juez"; Boswell: "Pero señor, afectar fe cuando uno

no la tiene y sostener una opinión cuando en realidad uno tiene otra, constituye una falsía que afecta la honradez". Johnson: "No. Todos saben que usted es pagado para afectar fe en el derecho de su cliente y por consiguiente no hay falsía en el momento en que usted va al Tribunal"¹⁸.

No es aceptable la confusión en que, a los 29 años, incurre el doctor Manuel P. Olaechea Guerrero cuando no distingue entre el abogado de mala fe y el abogado que defiende un punto contrario a suyo y fulmina al segundo, en estos términos: "La abogacía es un verdadero sacerdocio, y el abogado que se encarga de una causa mala, claramente mala, notoriamente injusta, es digno de lástima, porque prostituye una profesión sagrada. Ese abogado podrá ser, no hay duda, un buen comerciante, pero no por eso dejará de ser un renegado, un apóstata, por apostasía indisculpable, un tránsito de la verdad reconocida, muy más digno de anatema que los apóstatas en la religión, materia de eternas disputas, y en las que el espíritu más alto y más recto puede vacilar y abandonar la buena fe, como mentira, lo que antes creyó como verdad indiscutible"¹⁹.

¿Puede preguntar el autor, el nieto, al abuelo joven, escapándonos del transcurso del tiempo, si en su vida de abogado vio alguna vez un caso tan claro como el que describe? ¿Puede agregar el nieto esta pregunta al abuelo ilustre: al ayudar el abogado al cliente a exponer las disposiciones legales que cree aplicables a su caso, tiene acaso poder de fallo? ¿No es el juez, con más propiedad, todos los magistrados, los que decidirán? No excluyo la injusticia. Está con nosotros desde los albores de la humanidad y la veremos en víspera del Juicio Final, pero no por ello nos perdamos confundiendo conceptos.

Años más tarde, en 1899, el doctor Manuel Pablo Olaechea había rectificado ya sus ideas a este respecto como abogado antiguo, ya serenado su espíritu, lleno de experiencia. Profesaba la buena doctrina.

En la polémica que sostuvo con el doctor Luis Felipe Villarón sobre el usufructo de los bienes de los hijos en el caso de la mujer que contrae nuevo matrimonio, dice: "Por eso debemos concretar este asunto y presentarlo tal cual es: sólo en conformidad con nuestras leyes, investigando su espíritu, su mente jurídica". ¿No hará fortuna nuestra doctrina? "En hora buena". Nosotros no estamos animados de ese propósito. Buscamos sinceramente la verdad y he aquí todo por nuestra parte. Lo demás está destinado a los tribunales de justicia."²⁰

Demostrado, pues, que el abogado es un elemento necesario en los países capitalistas, pasemos a de-

17. Miguel de Cervantes Saavedra, *Don Quijote* (II Parte), Aguilar, 1965, Capítulo XLII, pág. 1416.

18. James Boswell, *Life of Samuel Johnson*, Británica, Tomo 4, pág. 157.

19. *¡Injusticia Clamorosa!! Dos sentencias Escandalosas*, imprenta El Nacional, Lima, 1873, pág. 35.

20. Verdadero sentido y alcance del artículo 293 del Código Civil, 1899, pág. 35.

mostrar que también es indispensable en los países socialistas.

No es verdad que los abogados y los jueces hagan justicia de clase favorable a los estratos dominantes y hostil a los trabajadores. Ya hemos dicho que jueces y abogados aplican el derecho tal cual es hoy y no anticipan lo que podrá y deberá ser mañana. Su función e intervención surgen de las complicaciones del derecho y de la inhabilidad de la mayoría para invocar lo debida y claramente. Y ambas cosas existen también en los Estados socialistas. La afirmación que las leyes disminuirán y serán muy claras es una afirmación para intonso. Las complicadísimas leyes leninistas y las de toda economía planificada eliminan toda duda a este respecto. Abolidos en Rusia los abogados y considerados como personas "sin profesión determinada", declarada libre la defensa, esto es, sin abogado, poco después debieron crearse los "colegios de defensores". Simplemente se había perdido el derecho de escoger abogado. El Estado lo da. Esta reforma no es original. También existió en Prusia en 1781, cuando se reprimió toda actividad individual y la burocracia devino omnipotente. La reforma tuvo que ser suprimida en 1793.

La abogacía libre es el modelo romano adoptado por la civilización occidental. Su defecto, la proliferación de abogados, es atribuible quizá a la circunstancia de que los estudios que se exigen para ejercer la carrera son los más fáciles y sencillos. El excesivo número de abogados sin pleito los pone en la dura necesidad de escoger entre el honor profesional y la subsistencia. Por lo general deben sacrificar el primero en aras del segundo. En cualquier profesión el exceso de profesionales, ingenieros, por ejemplo, implica una elevación en el coeficiente tecnológico del país. No sucede igual con los abogados. El exceso produce decadencia cualitativa. De colaboradores de la justicia devienen en cómplices de la mala fe judicial. "El desenfrenado aumento del número de abogados los ha dividido poco a poco, en dos categorías arriba están aquellos pocos que han llegado a ser famosos por su habilidad y su doctrina, los cuales trabajan mucho y ganan mucho; abajo están los muchísimos que no habiendo logrado salir de la mediocridad se encuentran obligados a aparcarse por ganar el pan día por día y a trabajar a la desesperada con uñas y dientes para acallar el hambre que no admite razones. La existencia de este proletariado forense, que cada año empeora al aumentar de número como un

río en una crecida, que más se enturbia cuando más se hincha, es la causa desventurada de todos los males de nuestra profesión"²¹.

Análogos son los conceptos de Edward Gibbon, quien después de elogiar la calidad y altura que los ilustres abogados antiguos dieron a la profesión en Roma, agrega: "pero en la decadencia del derecho romano la corriente promoción de abogados está llena de maldad y desgracia. El noble arte, que una vez estuvo preservado como la sagrada herencia de los patricios, cayó en manos de plebeyos y libertos, quienes con más malicia que habilidad ejercieron un sórdido y pernicioso comercio. Algunos buscaron ingresar a las familias para fomentar diferencias y alentar litigios, preparando así las cosechas de sus beneficios para ellos y para sus hermanos. Otros, reclusos en sus cámaras, mantenían la gravedad de profesores de la ley para proporcionar a ricos clientes las sutilezas destinadas a confundir la más simple verdad... sin importarles fama ni justicia... se les describía como guías rapaces que conducían a sus clientes entre gastos, tardanzas y desilusiones."²².

Guilliver, en su viaje a la isla de los Houyhnhnms a que ya hemos hecho referencia, cuenta al rey que quienes hacen profesión de la ley "se han multiplicado excesivamente, siendo su número casi igual al de los gusanos; habiéndolos de distintos grados, distinciones y nombres. El número de los que se dedican a esta profesión es tal que no pueden lograr una justa y adecuada renta para un decente y cómodo sustento. De aquí resultó necesario obtener por artificio o malicia lo que no podía lograrse por métodos justos y honrados; lo que trajo consigo que muchos hombres entre nosotros fueran educados desde jóvenes en el arte de probar, mediante la multiplicación de las palabras, que lo blanco es negro y lo negro, blanco, según les paguen. La gran audacia y seguridad de estos hombres para sostener sus afirmaciones prevaleció sobre el vulgo, a quien en cierta forma esclavizaron..."²³.

Se observa, pues, que en la Inglaterra del siglo XVII y en la vida de nuestros días ha sido de igual actualidad el mismo problema: **demasiados abogados**. Tema magistralmente tratado por Piero Calamandrei, en su libro de ese nombre y al cual se ha recurrido ya repetidas veces en este trabajo.

21. Piero Calamandrei, obra citada, pág. 71.

22. Edward Gibbon, obra citada, tomo I, Capítulo XVII, pág. 245.

23. Jonathan Swift, obra citada, pág. 152.

El problema aéreo con Estados Unidos:

La Quintas Libertades

Alfredo Gildemeister M.

Catedrático de la Universidad del Pacífico.
Miembro del Instituto Iberoamericano de
Derecho Aeronáutico.

Por disposición del Civil Aeronautics Board (CAB), se suspendieron las operaciones aerocomerciales entre Estados Unidos y Perú el 21 de mayo de 1984. Dichas operaciones se habían basado en un convenio bilateral, firmado por ambas naciones en 1946, modificado en los años 1958 y 1986. El Perú, haciendo uso de una facultad que el convenio otorgaba a las partes lo denunció en noviembre de 1982, por estimarlo lesivo a sus intereses ya que la compañía de bandera norteamericana que volaba a nuestro país, haciendo uso de quintas libertades que la beneficiaban y sin compensaciones para el Perú, competía ventajosamente con las líneas aéreas nacionales que por diversos motivos de orden interno, no podían usufructuar debidamente el tráfico que les correspondía.

Nos preguntamos: ¿Por qué se discutió la pre-determinación, esto es, la limitación referente a frecuencias, capacidad y destinos, prescindiendo del Convenio? o mejor dicho ¿por qué no se intentó formalmente modificar el Convenio invocando las cláusulas del mismo que por lo menos permitían proponer y discutir a las partes cualquier tipo de enmienda como ya se había hecho anteriormente?; en consecuencia ¿por qué sólo se tuvo presente del Convenio la cláusula correspondiente al denuncia? ¿Se contem-

plaron las consecuencias de esta decisión desde el punto de vista integral del turismo, del cual la aviación comercial es una parte, como también son los hoteles, restaurantes, turismo receptivo, artesanía folklórica, etc.? En la legítima preocupación por la defensa de nuestro tráfico, ¿no se pensó que, al menos durante algún tiempo, parte de éste iba a ser usufructuado no por la línea norteamericana sino por otras líneas extranjeras, ya que en ese momento nuestras transportadoras no estaban preparadas para tal eventualidad, es decir que se entregaba a otros parte del tráfico que se quería recuperar? ¿Y por qué no se actuó del mismo modo contra otras líneas extranjeras que, sin otorgar compensaciones, se aprovechaban de la quinta libertad?

Para empezar a contestarnos esto tendríamos que decir algo sobre lo que ha sido, lo que es y lo que debería ser la política aeronáutica nacional.

La política aeronáutica peruana, si mereció llamársele así, ha sido inconsistente; dispersa en variadas normas legales que no la han dotado de una finalidad concreta, liberal en demasía para con la competencia extranjera y sin cifrar como debía haber sido, sus miras al ámbito regional latinoamericano, con el objeto de conformar o liderar, con fines de

integración, un sólido frente ante la competencia extraregional. En la década del 60 hubo algún intento de las naciones americanas en reuniones de la Conferencia Regional de Aviación Civil (CRAC) del que nos queda, como recuerdo diríamos, el artículo 76 de la Ley de Aeronáutica 15720, que conviene remozarla por su obsolescencia, sinó sustituirla por otra ley o por un Código Aeronáutico, lo que sería mejor.

Tenemos también el D.S. 028-84-T.C., que pese a ser de reciente data y que invoca el principio de la reciprocidad real y efectiva, limita en demasía, por ejemplo, las posibilidades para negociar, por lo que se debe contar con un nuevo instrumento jurídico que facilite a nuestros representantes y por lo tanto no obstaculice seriamente, como ocurre, su labor negociadora. En otras palabras es imprescindible modificar las normas jurídicas actualmente vigentes. Esto es importantísimo.

Bien, hablemos del presente y de nuestra propuesta para el futuro.

El Perú tiene que dar a entender clara y firmemente, que el acceso de líneas aéreas extranjeras a la Quinta Libertad, está sujeto a condiciones de necesidad, conveniencia y temporalidad, fundamentalmente.

Decimos necesidad y conveniencia, teniendo en cuenta a quienes necesitan de los servicios aéreos —el público—, servicios que no pueden ser cumplidos en su totalidad por el insuficiente desarrollo de las líneas aéreas nacionales, que sufren las consecuencias de una crisis económica nacional e internacional. Necesidad y conveniencia, en función del beneficio del turismo receptivo.

Decimos temporalidad, porque indudablemente las concesiones sobre la Quinta Libertad deben ir disminuyendo a medida que el desarrollo de nuestras transportadoras aéreas se acerquen más y más a la paridad con la competencia extranjera. Además, el principio de la reciprocidad real y compensación efectiva deberá tenerse en cuenta antes de otorgarse concesiones sobre la Quinta Libertad. Ya sabemos que las compensaciones no tienen que revertir necesariamente en el campo de la aviación comercial. El D.S. 006 de 1974, por ejemplo, hace depender la renovación de los permisos de operación a la vigencia de una verdadera reciprocidad o de algún tipo de compensación económica o de asistencia técnica, etc.

Se ha amedrentado a la opinión pública afirmándose que negociar la Quinta Libertad es atentar contra el interés nacional y por lo tanto contra la patria. Nada más falso. Los derechos de tráfico pueden cederse dentro de ciertas condiciones.

Esta es una figura similar a las concesiones que

se hacen a firmas extranjeras para explotar parte de nuestra minería, por ejemplo. Necesitamos de los beneficios del intercambio. Rechazar de plano la aplicación de la Quinta Libertad, en los momentos actuales, sería un error. La naturaleza del transporte aéreo, máxima expresión del mundo moderno, y no se diga nada de la navegación espacial, ha revolucionado el viejo concepto de la soberanía. El internacionalista Carlos Rousseau, dijo: "La soberanía absoluta sólo puede existir si se acepta el derecho al aislamiento". Debemos tener en cuenta que la tecnología ha incrementado la autonomía de vuelo de las aeronaves y que la estratégica ubicación de Lima como centro importante del tráfico aéreo latinoamericano del Pacífico Sur, ha venido a menos. Hemos dejado de ser punto de paso y parada obligada para las transportadoras aéreas cuya tendencia a sobrevolarnos o a buscar nuevas rutas, prescindiendo de nosotros, se hace evidente día a día en vista de nuestra limitativa política aérea.

Ahora bien, ¿qué se debe negociar?. Entre otros puntos y además de conversar sobre las terceras, cuartas, quintas y quintas libertades intermedias, atender todo lo relacionado con frecuencias, capacidades, equipos, rutas, escalas, servicios no regulares y regulares, ajustándonos a la predeterminación pero teniendo en cuenta una política vinculada a la teoría de la reciprocidad y compensación efectiva como hemos dicho. Algo más: creemos que un celo excesivo, que sobreproteja a nuestra aviación comercial, no sólo le haría daño a la misma, sino que "distraería" la debida atención hacia una solución parcial y no integral.

Muchas compañías aéreas de países de potencialidad aeronáutica comercial relativa, como Ecuatoriana de Aviación, Lloyd Aéreo Boliviano, Air Panamá, Líneas Aéreas Paraguayas, etc., se desarrollan muy bien y con éxito pese a que la "protección" que reciben del Estado es nula o casi nula.

No contamos con estadísticas a mano, pero creo que sería suficiente considerar el clamor de los hoteleros, agentes de viajes, artesanos, etc., y me refiero a propietarios y trabajadores, obreros y empleados, como lo hemos podido comprobar personalmente en Lima y en el Cusco. Un ejemplo: el país ya no percibe el ingreso que dejaban cuarenta mil turistas norteamericanos, que anualmente nos visitaban.

Por último, estimamos más conveniente que un Convenio Bilateral, un Acuerdo de Autoridades, por ser éste más funcional en cuanto a los reajustes que convendría hacer según lo que la práctica y experiencia nos señalarán a medida que se fuera aplicando el citado Acuerdo: después podría hablarse del Convenio Bilateral; que requiere de más formulismos.

Teniendo presente todo lo expuesto citaremos al Dr. Bauzá Araujo, uruguayo, experto de Derecho Aéreo conocido internacionalmente, que en su trabajo "Problemática actual del Transporte Aéreo en América Latina", dice lo siguiente: "...El desinterés de algunas empresas extracontinentales de sus operaciones en ciertos países latinoamericanos, agregado a limitaciones constantemente impuestas en el tráfico de Quinta Libertad del Aire, han privado a ciertas regiones latinoamericanas de medios de comunicación con otras naciones, del aporte turístico efectuado por dichas empresas, de las facilidades que proporcionan para la exportación de productos nacionales, etc."

"Ello obliga a estudiar concienzudamente, por cada nación, la posición a seguir respecto de los derechos de las empresas extranjeras, tratando de buscar un justo equilibrio entre los intereses en juego. Se puede lógicamente afirmar que no cabe una solución única, valedera para todas las naciones. A título de ejemplo, digamos que el criterio de la reciprocidad en el transporte aéreo, en un plano estrictamente aeronáutico, bajo el cual se otorgan los permisos de operación en ciertos paí-

ses, puede resultar inoperante e inaplicable en otros, en razón de no poder ser aprovechada dicha reciprocidad, por carecerse de empresas potencialmente capaces de utilizar los derechos de tráfico adquiridos en esa forma"

"Por ello estimamos práctico y conveniente el criterio adoptado al respecto en el Uruguay, por el artículo 10 de las Normas de Política Aeronáutica, aprobadas por decreto de fecha 20 de abril de 1974, al expresarse que "el principio de reciprocidad efectiva deberá aplicarse fundamental y prioritariamente en materia estrictamente aeronáutica, pero cuando ello no sea posible, se podrá admitir la obtención de contrapartidas en otros sectores de las relaciones internacionales de la República". Este criterio, manejado con prudencia, puede constituir para los países de escaso desarrollo de sus empresas nacionales aerotransportadoras, el modo de obtener ventajas legítimas y razonables a cambio de los derechos de tráfico que se otorgue..."

Lima, 12 de junio de 1986



ARMCO PERU

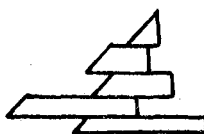
Apoyando a la Industria Nacional con sus productos de alta tecnología,
a través de sus empresas:

ARMCO PERUANA, S. A.



ACEDOR
Aceros del Oriente S.A.

PROLANSA
Productora de Alambres
y Derivados S.A.



ACERCO S. A.

ADESUR
Aceros del Sur, S.A.



PRODUCTO PERUANO CON
EXPERIENCIA MUNDIAL

El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser

Aníbal Quiroga León

Secretario Académico y Profesor de la Facultad de
Derecho de la PUC.

"El tema del Tribunal Constitucional es posiblemente el tema central de nuestra Constitución; me atrevo a decir (...) que es aquel en que esta Constitución se juega, sus posibilidades y su futuro". La posibilidad jurídica del Tribunal Constitucional. Eduardo García de Enterría.

Aún a riesgo de volver sobre agua pasada, por la importancia del tema en función de nuestro futuro constitucional, el análisis de la novísima justicia constitucional a partir de la real vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y su efecto dentro de la dinámica de la estructura constitucional que la Constitución de 1979 ha diseñado para nuestro país, quisiera referirme en esta oportunidad a uno de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales con un sui-generis resultado similar a otros posteriormente expedidos: el pronunciamiento de una Sentencia que, en puridad, no es Sentencia y que por ello ha merecido severas y fundadas críticas pese a la defensa, endeble en mi concepto, que se ha querido hacer respecto de ello, llegándose al extremo de otorgarles la curiosa denominación de "**declaración**"¹ en vez de Resolución.

Es en este sentido que quisiera comentar una de dichas Sentencias —que, repito, no es una Sentencia **stricto sensu**— cual es la de fecha 23 de agosto de 1984, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de setiembre, pronunciada en la Acción de Inconstitucionalidad contra el Art. 2o. de la Ley 23321 —modificatoria en adición del Art. 328 del Código Penal— que incluye dentro del tipo legal del delito de Desacato la acción cometida mediante un órgano de comunicación social y contra el Art. 6o. del Decreto Legislativo No. 46, que dispone la represión por delito de terrorismo de los actos cometidos mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social que constituyan incitación o

apología del delito de terrorismo.

La inicial perplejidad que se causó ante esta decisión de no decidir por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales, en un primer momento fue trocada por el subsecuente estupor y el final resignamiento, pues tal proceder ha sido lamentablemente reiterado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en momentos cruciales para la vida democrática de la Nación como cuando se interpuso la Acción de Inconstitucionalidad contra la ley interpretativa del Art. 203 de la Constitución contenida en el Art. 6o. de la Ley 23903, en lo referente a lo que debía entenderse por **votos válidamente emitidos** para el proceso electoral de 1985.

Y no es del caso rasgarse las vestiduras por esta situación, como tampoco lo es el rehuir las responsabilidades del caso ante una situación como la planteada, asunto este último que pretende hacer, sin conseguir su objetivo, el Magistrado Aguirre Roca².

He de dejar de lado, en el caso bajo comentario, el innegable trasfondo político del tema objeto de la acción de inconstitucionalidad, no por desconocer su capital importancia (libertad de expresión y represión penal en los delitos de Desacato y Terrorismo), sino por centrar el debate en el aspecto jurídico de la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente por lo demás obligado para cualquier valoración política, y para no fatigar al lector que de

1 Ver, con respecto a tal defensa y la anotada denominación, en esta misma tribuna el artículo "*Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica*" del Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales don Manuel Aguirre Roca en: THEMIS — Revista de Derecho —, Segunda Epoca; Año 1 No.3; Asociación Jurídica THEMIS, Lima, Julio de 1985; pp. 20—21.

2 Op. Cit.

suyo tiene su propia opción política en ese asunto. Tampoco estas líneas se han de referir al fondo de la cuestión controvertida, a si la acción merecía ser amparada en su fundamento o no, dado que el Tribunal de Garantías Constitucionales renunció en su oportunidad a ello.

Me he de referir, pues, únicamente a esa renuncia del Tribunal de Garantías Constitucionales a emitir una verdadera sentencia, al aspecto circunscrito a su **modo de proceder** en la controversia constitucional suscitada, aspecto de procedimiento que no por ser algo primario es menos importante pues, descubramoslo ya, es en su merced que se ha impedido la resolución del fondo de la cuestión constitucional en litigio.

Fue del caso que, en su momento, veinte Senadores interpusieron Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales contra las normas legales anteriormente reseñadas —que, por cierto, se encuentran vigentes hasta la fecha— al amparo del Inc. 5o. del Art. 299 de la Constitución Política del Estado, repetido en el Inc. 2o. de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC), y que concede legitimidad en dicha acción a tal número de representantes ante el Senado de la República.

Admitida y tramitada la demanda de inconstitucionalidad, el Senado Yashimura, uno de sus suscriptores, decide **retirar** su firma sin expresar causa alguna que lo sustentara pretendiendo con ello enervar la acción ya iniciada. El Tribunal de Garantías Constitucionales expide la Resolución que es materia de este análisis decidiendo dos cuestiones: primero, declara por mayoría que el retiro de la firma de uno de los Senadores suscriptores de la demanda de inconstitucionalidad no **extingue** la acción debiendo continuarse el procedimiento hasta su culminación; y, segundo, que pese a lo anterior y por contradictorio que parezca, le es **imposible arribar a tal conclusión** por no haberse alcanzado los votos conformes necesarios para que se produzca sentencia.

Nuestra Constitución de 1979 a diferencia de la anterior de 1933, estableció un sistema mixto de control de la constitucionalidad, tanto en lo referido al control concentrado, **ad hoc**, de la constitucionalidad, de **justicia constitucional** o **sistema europeo** como lo califica Fix-Zamudio³, con la creación, precisamente, del Tribunal de Garantías Constitucionales y con facultades de declarar **erga omnes** la inconstitucionalidad total o parcial de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; cuanto en lo referido al **control difuso** de la constitucionalidad, de **judicial review** o **sistema americano** con la posibilidad que sea el propio Órgano

Jurisdiccional quien revisara la constitucionalidad de las leyes y demás normas legales inaplicándolas para el caso concreto, como ya se había legislado en el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 —ahora derogado—, en el Art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Art. 236 de la propia Constitución como garantía del rango normativo que su numeral 87 proclama.

Y se afirma que nuestro sistema es mixto o dual, por cuanto permite que sean los jueces los que, en la solución de las controversias sometidas a su conocimiento, puedan inaplicar por inconstitucional una norma legal, con una inaplicabilidad sólo vigente inter-partes; y por el otro faculta a un órgano **ad-hoc** a la revisión de la constitucionalidad con la posibilidad que el efecto jurídico de dicha inaplicabilidad se extienda **erga omnes**, con efectos derogatorios, de la ley en cuestión. Esto último es lo que se denomina la **justicia constitucional** que en el Perú tiene vigencia, o debiera tenerla al menos, desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales mediante la Ley 23385 (LOTGC), y que supone una jurisdicción independiente de todos los demás órganos del Estado capaz de velar por el cumplimiento de la Constitución por parte de los demás órganos del propio Estado y de los ciudadanos en general. Paralelamente, y a partir de ello, como apunta Fix - Zamudio⁴, gran procesal-constitucionalista mexicano, se ha dado nacimiento a la disciplina más joven del procesalismo científico que define como el **derecho procesal constitucional** y cuya paternidad atribuye, precisamente, al jurista vienés Hans Kelsen, y que ha de estudiar los instrumentos que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales de carácter **justicial formal** en la mejor expresión de James Goldschmidt.

Es dentro de esta óptica científico-jurídica que el Tribunal de Garantías Constitucionales debe **proceder** en todas sus actuaciones. Pero ¿Qué ha sucedido en el caso que es materia de este comentario? Para responder ello, glosaremos la pretendida parte resolutoria de la Sentencia —que no es Sentencia— bajo análisis:

“(…)”

RESUELVE: en mayoría, con el voto en contra de los señores Silva Salgado y Basombrío Porras, en cuanto al procedimiento, que, admitida una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por veinte Senadores de la República, (...) el retiro de la firma de uno de ellos, no produce la extinción de la acción, sino que ésta sigue en vigencia, debiendo continuar el trámite según su estado; y que,

En cuanto al fondo de las acciones de inconstitucionalidad, no habiéndose alcanzado

3 Fix-Zamudio, Héctor.— *Veinticinco años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940–1968*; Inst. de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968; pp. 17-18.

4 Fix-Zamudio, Héctor.— *III La Jurisdicción como función esencial del Estado Moderno*; en: *Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*; Inst. de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1977; p. 13.

*el número legal de votos, el Tribunal considera que no existe posibilidad de dictar sentencia.
(...)"*

En primer lugar, la decisión en mayoría del Tribunal de Garantías Constitucionales es acertada cuando niega dar por concluida la acción o acciones de inconstitucionalidad por el repentino arrepentimiento de uno de los Senadores firmantes y el subsecuente retiro de su firma, careciendo por completo de sustento la argumentación de los votos discrepantes en ese particular de los Magistrados Silva Salgado y Basombrío Porras.

Y ello, aunque la Resolución lo omita y los votos favorables no lo precisen —excepción hecha con el del Magistrado Aguirre Roca que es el más cercano en su argumentación— porque dicho resultado es acorde con la más esencial doctrina constitucional. En efecto, cuando la Constitución establece la posibilidad de declarar inconstitucional una ley, reconoce la existencia de la **Acción de Inconstitucionalidad**. Ahora bien, resulta obvio que dicha acción en modo alguno puede ser asimilable al común de las acciones civiles —personales, patrimoniales—, ni a las penales, o las contencioso-administrativas, o a las políticas. Su naturaleza es propia y particular: ¿Quién es titular de esta acción? Sería obvio decir que pertenece a la soberanía popular, puesto que en un Estado democrático y constitucional, toda institución consagrada por la Constitución tiene como referente básico la soberanía popular. Pero, en concreto, ¿Quién es el directo titular de dicha acción? ¿Lo será el Presidente de la República?, ¿La Corte Suprema quizás?, ¿O el Fiscal de la Nación?, ¿Los sesenta Diputados o los veinte Senadores? ¿Todos ellos en conjunto o cada uno en particular? ¿Y los cincuenta mil ciudadanos? ¿Acaso lo serán todos los llamados por el Art. 299 de la Constitución? Pues no, no debemos confundir, en ningún caso, lo que es la **capacidad de ejercicio** con la **titularidad del derecho**; o, como se denomina en derecho procesal, la legitimación-postulación con la relación jurídico-sustantiva.

El titular de la Acción de Inconstitucionalidad de ley es el propio Tribunal a quien la Constitución le reserva la **potestad** de dejar sin efecto una ley sancionada por el Parlamento, promulgada por el Presidente de la República y que es de aplicación por el Poder Judicial. Quienes sean los llamados a plantearla en ningún modo serán en todo o en parte, los titulares de la acción, como sí lo serían en el caso de una acción ante la justicia ordinaria.

Entonces, se dirá, si el Tribunal es el titular de la acción, ¿porqué no puede iniciarse **ex-officio**, de motu proprio. La respuesta es simple: en ningún caso el Tribunal puede empezar esta acción porque la Constitución (siguiendo los modelos de justicia constitucional) ha desdoblado la titularidad en la legiti-

ción, y ello ya no es lo mismo. Y es que paralelamente a la **legitimatío ad-causam** (titularidad del derecho) de que habla el voto del Magistrado Silva Salgado, existe en el derecho procesal la **legitimatío ad-procesum** (titularidad del impulso del proceso). Sólo las autoridades, o el número de ciudadanos, allí indicados pueden poner en marcha la Acción de Inconstitucionalidad, pero una vez iniciada su andadura ésta no puede detenerse en ningún caso por posterior voluntad de quienes fueron sus impulsores porque éstos no poseen la **legitimatío ad-causam**. Constituirían un absurdo jurídico pretender que la Acción de Inconstitucionalidad pertenece a quienes la inician o que su carácter es similar en modo alguno a la naturaleza de las acciones civiles. Su naturaleza —y esto es omitido por el Tribunal— es de **ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL**, peculiarísima, donde ni el Tribunal puede iniciarla de oficio ni los legitimados a hacerlo pueden, posteriormente, disponer de la misma.

No es con argumentación de índole procesal civil, como lo hace con profusión uno de los Magistrados discrepantes, como ésto tenía que resolverse. Si lo aquí apuntado fuese incierto, si los **legitimados al proceso** lo fuesen también de la sustantividad de la acción, cabría, como en el derecho procesal civil no solo el **desistimiento** —lo que pretendió hacer el Senador Yashimura— es decir, el retiro voluntario, inmotivado y unilateral de la acción; sino el **allanamiento**, ¿Verdad?; ¡ah!, y la **transacción**, no nos olvidemos de ella. Puede acaso imaginarse, no sin poca repulsión, que la Acción de Inconstitucionalidad fuese objeto de negociaciones por parte de las autoridades involucradas. Felizmente —hasta ahora al menos— esto no es posible, como tampoco lo es el **allanamiento** —sometimiento expreso del demandado a los términos de la demanda— por expresa indicación del Art. 31 de la LOTGC que **obliga a la defensa** al órgano afectado, es decir, a la contradicción.

Es evidente que la Acción de Inconstitucionalidad no es propiedad de los llamados a ejercerla, sea por su cargo o su representación numérica. Si no comprendiéramos esto así, carecería de sentido nuestra retorta justicia constitucional. No sólo se reiterarían los arrepentimientos tardíos de los parlamentarios, sino que se personalizarían estas acciones, desnaturalizándolas. Si así fuese, se puede fácilmente imaginar qué pasaría cuando interpuesta una acción hay nuevas elecciones y los parlamentarios suscribientes no son reelectos. O cuando hay relevo presidencial, o cambio en la Corte Suprema o en la Fiscalía de la Nación. La situación sería francamente absurda; pero rayaría en la esquizofrenia en el supuesto de los cincuenta mil ciudadanos. Si lo anterior fuese válido para las autoridades, también lo sería para los ciudadanos legitimados para iniciar la acción. En un número tan significativo los "arrepentidos" serían inevitables y, no solo eso, personalizada que sea la acción en los suscribientes, por sus características y duración del proceso, sería inevitable que antes de la sentencia

alguno falleciese. ¿Qué sucedería? Continúan la acción sus herederos, nuevos titulares mortis-causas, o se extinguiría irremesiblemente su alcuota en ella por ser **intuitu-personae**, esto es, personalísima y, por ende, intransmisible.

II

Dentro de los límites expuestos, toca ahora referirme a la segunda parte de la decisión del Tribunal, aquella en la que decide no decidir ante la imposibilidad de obtener los votos conformes que la ley precisa. El Art. 8vo. de la Ley Orgánica del Tribunal (LOTGC) exige que sus Magistrados coincidan, cuando menos, en seis votos —de sus nueve miembros— para resolver los casos de **inconstitucionalidad**.

En el caso materia de este comentario, el Tribunal **considera** (en vez de resolver) que la situación planteada en la votación (cinco votos en contra y tres a favor) le lleva a un irremisible entrampamiento del que no puede salir, quedándose allí, ya que de otro modo incurriría en violación de la ley y la Constitución. Pero un muy antiguo principio general del derecho nos dice que no se puede lograr por vía indirecta lo que la ley reprueba directamente. Es decir, que no puede invocarse la ley, o el respeto a la Constitución para, precisamente, violentar la propia ley o la misma Constitución.

En primer término, la Constitución crea el Tribunal y determina la existencia de la Acción de Inconstitucionalidad de ley. ¿Qué significa eso?, pues que hay una **jurisdicción constitucional positiva** —en ningún caso negativa— facultada a dejar sin efecto una ley, en principio constitucional por ser posteriormente considerada inconstitucional.

En segundo lugar, la propia LOTGC precisa un solo supuesto —solo uno— de jurisdicción negativa (inhibición en el Art. 37) cuando la norma impugnada ha perdido vigencia durante la tramitación del proceso.

En tercer lugar, el Art. 57 de la LOTGC refiere expresamente que en el procedimiento de inconstitucionalidad debe aplicarse, en lo no expresamente legislado, tanto el Código de Procedimientos Civiles como la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni uno ni otro texto legal facultan la inhibición de los jueces por defecto en el acto de la votación de las sentencias. Si el Código de Procedimientos Civiles está directamente orientado a que todo proceso culmine con una sentencia que defina el litigio, la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga, expresamente, a que los jueces y tribunales actúen de modo opuesto al realizado por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

En efecto, el inc. a) del Art. 23 de la LOPJ precisa textualmente que **en ningún caso se puede dejar de administrar justicia por defecto de las leyes, debiéndose recurrir, en tales casos, a los principios del derecho**. Norma similar hallamos tanto en el —ahora derogado— Código Civil de 1936 (Art. XXIII de su Título Preliminar) como en el actual Código Civil

de 1984 (Art. VIII de su Título Preliminar), que repiten, casi textualmente, la **mismísima fórmula consagrada como suprema garantía de la administración de justicia**. en la propia Constitución (Inc. 6o. de su Art. 233), que regula idéntica obligación para todo juez (y el Magistrado constitucional lo es), como garantía de que siempre se deberá extender una adecuada tutela judicial a toda pretensión válidamente deducida.

Resulta, pues, que el Tribunal ha incurrido, cuando menos, en flagrante omisión y, cuanto poco, en responsabilidad funcional. Si la Constitución precisa que son nueve los Magistrados del Tribunal y ello impide, por ejemplo, un régimen de suplencia/dirimencia ante la discordia como la operante en el Poder Judicial, los principios generales del derecho, tanto los que inspiran nuestro derecho como los que no, contienen soluciones para salir de este impase, pero nunca adoptar una solución como la que ahora se critica, en donde una acción válidamente deducida y admitida a trámite se queda sin resolución por la alegación de un defecto en el sistema de votación por una pretendida imprevisión legal.

Haciendo un somero análisis de la norma que precisa el número legal para la votación de una inconstitucionalidad, veremos que tanto la inadmisibilidad como la inconstitucionalidad requieren de un número **especial: seis votos**; en tanto que de ordinario solo rige la mayoría absoluta de **cinco votos**. Esto tiene una evidente racionalidad, pues tanto para negación de una acción como para dejar sin efecto una ley —con todo lo que eso conlleva— exige de una mayoría calificada de Magistrados acordes. Y no miremos cuántos votos se requiere para que el Tribunal contradiga su propia doctrina: **ocho votos**, casi unanimidad. Pero, nos preguntamos: ¿Cabe lo mismo para lo contrario?; es decir, si la inconstitucionalidad requiere de seis votos, ¿Es exigible lo mismo para la constitucionalidad? Acaso, si la inadmisión requieren seis votos, ¿La admisión también? Evidentemente en este segundo caso esto no funciona así y de ese modo ha estado procediendo el Tribunal. Porque, entonces, en el presente caso se ha obrado así en contravención con claros postulados constitucionales y legales. Saque el ilustrado lector su propia conclusión. Nada más reiteraremos que en este proceder es posible encontrar responsabilidad funcional, aquella a la que se refiere el Art. 17, inc. 5, de la propia LOTGC y que resulta exigible ante el Parlamento.

Se hubiese podido optar por una solución como la anotada líneas arriba, es decir, ante la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad, poner a votación la declaración de constitucionalidad, coincidiendo ello con lo que ha acontecido en la realidad: que las normas impugnadas se hallan vigentes. Y ello no es una gratuita invención. Ya así lo había planteado hace tiempo el Maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁵ cuando concluye enfáticamente que ningún tribunal colegiado puede abstenerse de fallar ni dejar de alcanzar la mayoría. Por otro lado, sin nece-

5 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto.— *Sentencia aparente y Mayoría ficticia*; en: *Derecho Procesal en Serio y en Broma*; Edición de la Escuela Libre de Derecho; México, D. F., 1978; pp. 111-119.

sidad de renunciar a su fuero, el Tribunal (que en ese momento carecía de uno de sus miembros por vacancia) ha podido reservar la votación e impulsar el nombramiento del Magistrado faltante, para someter con este, una vez incorporado, nuevamente la cuestión a votación, o comunicar el impase al Parlamento (como lo dispone el Art. X del Título Preliminar del Código Civil de 1984, promulgado con anterioridad y vigente con posterioridad) para subsanar legislativamente el defecto. Pero, en ningún caso, esto es evidente, proceder en la forma abstensiva como se hizo en el presente caso.

Es innegable la importancia del Tribunal dentro de nuestra estructura del Estado, pero, además, es

imprescindible para el fortalecimiento del sistema democrático diseñado en la Constitución. Pero todo ello no será operativa realidad constitucional si quienes llamados al cumplimiento de sus tareas trascendentes renuncian a su función, si es que todos, cada uno desde su ubicación, no damos escrupuloso cumplimiento al texto constitucional y a lo que impone el mínimo deber. Por ello, ya no con perplejidad o estupor, sino con verdadera preocupación, vemos como instituciones llamadas a ser las primeras en la defensa de la Constitución claudican en su tarea, demostrando quienes la integran carencia de la necesaria perspectiva histórica, contribuyendo, de paso, muy poco a nuestra tradición democrática y a forjar el respeto que tales instituciones merecen.

CIA. NACIONAL DE CERVEZA S. A.

FABRICANTE DE



¡LA CERVEZA MAS CERVEZA!

Sanción penal y patrimonio cultural

(Primera Parte)

Luis Lamas Puccio

Profesor de Derecho Penal de
la Facultad de Derecho de la PUC.

1. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por finalidad fundamental el realizar un análisis de carácter jurídico-histórico-punitivo, sobre la problemática de la depredación del patrimonio cultural en el Perú¹, básicamente con el objetivo de hacer resaltar los elementos necesarios y la magnitud de los daños que se están generando, análisis que tendrá de manifiesto la necesidad que la gran mayoría de estos actos tengan que ser tipificados como "delitos" en nuestro ordenamiento penal y, no como sucede hasta la fecha, que sólo conllevan a que sean entendidos como simples trasgresiones de normas administrativas con sanciones irrelevantes. Al hablar de delitos contra el patrimonio cultural y no de delitos arqueológicos como erróneamente se les puede concebir— lo hacemos con la finalidad de poder abarcar todas las etapas históricas del pasado nacional y, de esa manera, tener una idea más amplia y clara sobre la magnitud de los daños que se están generando². Patrimonio que con el devenir del tiempo, no solamente se ha visto incrementado con el aporte que nuestros antepasados hicieron en cada época de la historia que les tocó vivir, sino que tam-

bién, para desgracia de nosotros, debido a la inercia, el abandono, la insensibilidad, la desidia, la falta de recursos económicos y la carencia de una legislación adecuada que satisfaga los requerimientos, se está viendo notablemente disminuido de una manera cada vez más alarmante y dramática, por el paulatino y metódico proceso de depredación y destrucción de que está siendo víctima. Situación que es propiciada por la intervención de irresponsables connacionales, que no dudan en satisfacer los requerimientos de organizaciones internacionales, por la ingente cantidad de dinero que les proporciona el tráfico internacional de obras de arte, en los mercados de las más importantes ciudades del mundo entero. En este sentido, es importante resaltar, que por la manera como actúan se trataría de verdaderas organizaciones internacionales, que ven posibilitadas y facilitadas sus actividades depredatorias, por la colaboración que les brindan personas de escasos recursos económicos que habitan los lugares aledaños en donde se encuentran los complejos arqueológicos, los que por su lejanía casi siempre carecen de una protección policial eficaz³.

- 1 Patrimonio Cultural: "Conjunto de obras de arte, de monumentos históricos o literarios que contiene una nación y que son objeto de protección legal por parte del Estado, no sólo para los efectos de su conservación y restauración, sino también con la finalidad de que no sean ilegalmente sacados del país. Frecuentemente esta protección no sólo alcanza a los bienes cuya clase de dominio alcanza al Estado en particular, sino también a los que se encuentran dentro del ámbito privado. Ese patrimonio pues, constituye el patrimonio artístico de una nación". Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Buenos Aires. Argentina.
- 2 Arqueológico: Período de la historia peruana que abarca aproximadamente cerca de 10,000 años y, está comprendido desde la aparición de primitivos pescadores en la costa peruana (9,000 a. de C.), hasta la llegada de la escritura con los conquistadores españoles en el año de 1531. Se subdivide en dos etapas: la preincaica en la que aparecieron diferentes culturas en las regiones de la costa y la sierra; y la del Imperio del Tahuantinsuyo o del período inca, que existió hasta la llegada de los españoles.
- 3 Jo Ann Lewis: "Tesoros de Contrabandistas"; artículo periodístico aparecido en la sección editoriales del diario El Comercio que entre otras cosas expone lo siguiente: "Tesoros robados — Eslabones Perdidos", una dramática exhibición acerca del pillaje y contrabando de obras de arte pre-colombino, convencerá a todos —menos a los más voraces traficantes de obras de arte— que la violación y despojo de sitios arqueológicos de América Latina debe detenerse. El objeto de la exposición es poner a la vista (Sala de Exploradores de la Sociedad Nacional Geográfica. National Geographic.), por primera vez, 500 piezas de un filón de 800 obras maestras de la antigüedad peruana avaluadas en más de un millón y medio de dólares, recuperadas junto con otros valiosos instrumentos y obras de arte, por funcionarios de aduana... La incautación mencionada no solamente ha conducido a un reforzamiento más exigente por parte de los funcionarios de aduana, sino también a la firma de un acuerdo bilateral que permite que las aduanas de los Estados Unidos, requieran y devuelvan tales objetos y enjuicien a los infractores.. El flujo no se ha detenido, pero ha sido contenido por las numerosas incautaciones subsiguientes por parte de las aduanas, según informan funcionarios peruanos. Reproducido de "The Washington Post", 13 de junio de 1983.

Por otro lado, lo que se trata únicamente de resumir en el presente trabajo son los aspectos del plano artístico y del proceso depredatorio de que está siendo objeto, por cuanto hacerlo desde otras perspectivas implicaría el tener que abarcar sobre otras materias de mayor amplitud (identidad nacional, folklore, proceso de aculturación, depredación racial, etc.). Sin que esto signifique que todas estas áreas no se encuentren intimamente vinculadas, por motivos de espacio sólo nos limitaremos a dar énfasis a los aspectos jurídicos y en especial los de naturaleza penal.

2. VALOR, IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL PATRIMONIO CULTURAL

El Perú es uno de los pocos países americanos y en especial de América del Sur, que puede darse el lujo de exhibir cerca de 5,000 años continuos de historias, mitos y expresiones artístico-culturales⁴. Saturado de leyendas y tradiciones de todo género por donde se vaya a lo largo y ancho de sus tres regiones naturales, siempre el pasado parecerá que está presente. Así tenemos tejidos de vivos colores que el paso de los años no ha hecho posible que se destiñan; cántaros fitomórficos⁵, la gran mayoría de ellos decorados y adornados con finísimas estilizaciones con formas simbólicas, o con cabezas de fieros felinos mitológicos; comadreas con dentaduras de plata y ojo de finas piedras turquezas; máscaras de oro de valor incalculable con orejas de jaguar; tazas de arcilla decoradas con animales fantásticos; pecheras caladas con figuras geométricas, que parecieran que hablaran de la existencia de misteriosas culturas que florecieron en el suelo patrio, muchos siglos antes que los romanos mandaran sus legiones a la Galia o la Germania. De otro lado, fortalezas con formas ciclópeas construídas con piedras gigantes que las hacen inexpugnables, perdidas en los picos de los Andes y en las selvas impenetrables, que dan plena fe sobre sorprendentes y avanzadas civilizaciones que surgieron muchos años antes que llegaran los españoles. Por último, iglesias, conventos, lienzos de pinturas e imágenes casi místicas, que denotan la presencia característica de la España del Siglo de Oro.

Por lo que se puede decir que, la antigua civilización peruana en todo su conjunto y la egipcia —las cuales se desarrollaron en similitud

de condiciones— son las únicas que universalmente son reconocidas por carecer de vinculación filial con otra clase de antecedentes culturales y artísticos. Por consiguiente, son totalmente falsas las varias hipótesis que tratan de hacer derivar a la antigua cultura peruana de la influencia cultural de otros pueblos ajenos a la realidad hemisférico-latinoamericana⁶. De lo que se afirma que actualmente hay una verdadera revalorización a nivel mundial, sobre todo en lo que se refiere al "Antiguo Perú", ya que recién a partir de principios de siglo, como resultado de los adelantos tecnológicos⁷, se ha empezado a dar un nuevo valor histórico a su pasado y, por ende a todos los objetos y bienes que se generaron durante los períodos antiguos. Sin embargo, a pesar de esta nueva "revalorización de nuestro pasado", aún se sigue creyendo a nivel internacional, solamente en la existencia de un solo período antes de la llegada de los españoles, que es conocido como la etapa inca, con desconocimiento de variadas culturas que aparecieron y se desarrollaron mucho antes de la existencia del imperio incaico y, que recién hoy día, en base a las investigaciones que se vienen realizando en las últimas décadas, es que se empieza a reconocer al verdadero valor cultural y artístico que alcanzaron estas civilizaciones que, en el plano decorativo superaría todo lo conocido hasta la fecha.

Por el año 2,300 a. de C. tiene sus orígenes el mal llamado período "pre-inca", o también conocido como "pre-colombino", el que se caracteriza por la aparición de renombradas culturas con características peculiares, que generaron una diferenciación muy propia entre cada una de ellas. Como es el caso de las culturas del Tiahuanaco, Chavín, Nazca, Paracas, Mochica, Chimú, Virús, Vicús, Chancay; habiendo logrado adelantos sorprendentes cada una de éstas, fundamentalmente en los planos artístico; organizativo, técnico y cultural, que hoy día son la admiración de estudiosos y coleccionistas en el mundo entero, conforme se van desarrollando los trabajos de investigación y de estudio, por investigadores, arqueólogos y científicos de diferentes nacionalidades. Es importante hacer mención, entre otros aspectos, a los mundialmente famosos mantos textiles de la cultura de Paracas, algunos de los cuales datan de 900 a. de C.⁸, que fueron descubiertos por el célebre arqueólogo peruano Julio C. Tello en el año de 1926. Estos famosos mantos, muchos de

4 "Restos arqueológicos de nueve mil años hallaron en Ica". Noticia aparecida en el Diario El Comercio, el 11 de mayo de 1982, según la cual en la pampa de Santo Domingo en la bahía de Paracas, se habrían encontrado los restos arqueológicos más antiguos de la costa peruana (tienen una fecha radiocarbónica de ocho mil ochocientos treinta años), ha afirmado el arqueólogo Alejandro Pezzia Aseretto.

5 Fitomórfico: Piezas del período arqueológico que se caracterizan por la representación genérica de figuras de plantas de todo género.

6 Ricketts Patricio: El Legado Aborigen. Ediciones Peruanas. Simiente Lima, 1960, pág. 26.

7 Ibid, pág. 81.

8 "Huaqueros atentan contra tejidos de cultura peruana sostiene experto": Nota aparecida en el diario El Comercio el día 26 de agosto de 1983 en este sentido: "Gran parte de nuestro pasado histórico, representado por tejidos de culturas peruanas de hace dos mil años, se está perdiendo por acción de los "hauqueros" y, los coleccionistas particulares que no saben cómo se deben conservar estos tejidos. Asimismo, la falta de recursos humanos y materiales, conspira contra una mejor conservación

los cuales se encuentran en las vitrinas de los museos del mundo o en poder de los coleccionistas privados, son de una original expresión cromática, siendo valorizados por la gran delicadeza que se utilizó en su ejecución y considerados como los ejemplos más perfectos en el ámbito de la textilería mundial. Lo que demostraría que los artistas que los produjeron tuvieron necesariamente que dominar todas las técnicas posibles relativas a la confección manual de tejidos, desde tapices hasta finas gasas y algodones⁹, empleándose hasta 190 tonalidades en sus teñidos. Estos tejidos aventajan en técnica, arte y finura a los que hoy producen las máquinas más modernas, que trabajan las mismas fibras.

En el terreno de la cerámica es también admirable el grado de perfeccionamiento que obtuvieron los antiguos peruanos, sobre todo en la confección de los mundialmente conocidos "huacos", entre los que sobresalen los de las culturas Mochica y Nazca, sobresaliendo las piezas llamadas "retratos"¹⁰, que son la más alta expresión ceramística empleada por pueblo alguno, por la elegancia de las formas empleadas, inspiradas en un contorno de calabazas de hermoso color marfil u ocre puro, en una superficie pulida, como si los artistas que los confeccionaron se hubieran deleitado con el logro de las ondulaciones y del color inalterado. Este tipo de cerámica podría ser considerada como auténtica escultura de tipo fisionomista, sino fuera porque éstas tienen asas y aberturas. En una oportunidad expuso el famoso artista peruano Felipe Cossío del Pomar: "jamás en ninguna parte, la cerámica llegó a tan alto grado de perfeccionamiento universalmente reconocido, como en el caso de la peruana y, aunque se le prive del elemento pintado o modelado, siempre el símbolo dejará trasparente su visión naturalista"¹¹.

Otro pueblo que también sobresalió en la técnica de la cerámica fue el llamado Vicús, que recién empezó a ser revalorizado en el año de 1960 como resultado de los trabajos de investigación que se han realizado en la zona del Bajo Piura. Al parecer este pueblo supera en este aspecto a culturas similares, principalmente por la depuración de su estilo artístico y plasticidad; pero irónicamente por desconocimiento e ignorancia de sus propios valores, primero llegó a manos de los traficantes de obras de arte que al conocimiento de los propios peruanos; todavía no conocíamos sus expresiones ceramísticas cuando cientos de estas obras habían sido sacadas clandestinamente al extranjero. Por tal razón, cuando se constituyeron las primeras misiones arqueológicas en las zonas en donde se había desarrollado esta cultura (Batán Grande), aquello parecía más que todo una zona duramente bombardeada, por cuanto para la extracción clandestina se había utilizado hasta tractores y excavadoras mecánicas, con la ayuda de cuadrillas de trabajadores. Muchos campesinos que habitan los lugares aledaños a estos sitios, habían dejado definitivamente las actividades agrícolas y estaban abocados totalmente a lo que se denomina "huaquería". De esta manera algunos se atrevieron a afirmar que, gracias a estas actividades de extracción clandestina se había logrado descubrir una nueva cultura muy importante. Lamentablemente esto fue así, pero los huaqueros y sus compradores tenían ya en su poder muchas de las mejores obras de valor incalculable y las informaciones históricas y científicas estaban definitivamente perdidas¹².

En resumidas cuentas, tarde o temprano las evidencias siempre se impondrán y las pruebas objetivas pueden ser verificadas en muchos museos del mundo

de estos tejidos. Incluso en los diversos museos nacionales, no existen las condiciones apropiadas para la adecuada conservación de estos vestigios" (Conceptos vertidos por el experto belga Edouard Vesteylen, Jefe de Conservación del Museo de Arqueología y Antropología de Lima). Además expone: "La mayor parte de los tejidos que llegan al museo, provienen de los decomisos que la policía hace a los huaqueros. Y si bien es cierto que éstos vendrían a ser los principales proveedores del museo, sin embargo, constituyen a la vez los más eficaces depredadores de estos legados culturales, ya que las mejores piezas van a dar al extranjero". Indica asimismo que, "muchas de las mejores telas van a dar a los coleccionistas privados, que por no poseer los medios y técnicas más adecuadas, promueven su irremediable pérdida".

9 Stastny Francisco. Breve Historia del Arte en el Perú, pág. 11.

10 Huacos "retratos"; piezas de cerámica en las que se modelaron rostros humanos con tal realismo, que en la práctica son un libro abierto para cualquier persona que con un poco de imaginación puede comprenderlos. El huaco-retrato desde el punto de vista iconográfico, pertenece a la cerámica escultural. Tanto la escultórica como la pictórica son variantes de la alfarería altamente desarrollada, con representaciones que comportan verdaderos documentos de la vida cotidiana del pueblo Mochica. Esta nación pertenece al Intermedio Temprano del Estado de agricultura desarrollada (200 a 800 años a. de C.). Con los Chimú los une el haber habitado en los valles de la costa norte del Perú. Famoso por sus sacrificios humanos, por sus dotes de guerreros impulsado por la explosión demográfica. De otra parte, esta clase de cerámica refleja los rasgos antropomórficos de su raza. Por lo que su habilidad retratística los presenta ante la historia como eximios sicólogos. Mochica, la sola palabra, evoca conquistas, guerras, violencia, sangre, realismo y audacia, pero también honda sensibilidad artística y profunda inspiración religiosa; verdaderos hacedores, trabajaron la arcilla con asombrosa plasticidad. El Comercio: 3 de noviembre de 1982.

11 Op. cit., pág. 92.

12. Hay que tener en cuenta para una verdadera valorización de los irreparables daños que se generan en las actividades de extracción clandestina de huacos, que el daño no sólo se concibe en el ámbito de la sustracción y pérdida del objeto arqueológico, sino que también el perjuicio es científico y técnico arqueológicamente hablando, por cuanto de lo que se trata al final de cuentas es el estudio "in situ" de las piezas artísticas que se descubren, ya que el valor histórico radica en el análisis y estudio de todo su conjunto, es decir, en la interrelación que existe entre el objeto descubierto y todo lo que se encuentra en su contorno.

entero: un tejido de Paracas, un muro del templo de Coricancha; una escultura retrato Mochica; un vaso policromo de Nazca; una pieza de oro de Batán Grande y un huaco erótico de Vicús o silbador¹³ son de un valor artístico e histórico incalculable. Son por estas razones y muchas más que, el acervo arqueológico del Perú no sólo es de valor nacional, sino patrimonio de la humanidad.

Con el inicio de los tiempos del tutelaje español en el año de 1531, comienza una nueva época en la historia del Perú, en la que se darán propias características en todas las facetas de la vida humana. En el aspecto artístico también surgirán nuevas concepciones que transmitirán los momentos que se vivieron y los objetos artísticos e históricos hablarán a través de los estilos en que fueron concebidos y creados, quizás tal vez de una manera más dramática, sobre todo por los períodos que se vivieron de grandes cambios históricos y sociales. Todo lo cual se verá traducido en las expresiones artísticas, con una sustitución radical de las técnicas empleadas, sus formas, temas, creencias, hábitos y preferencias estéticas, por otras nuevas venidas de Europa¹⁵.

Existen obras de arte de esta época que, evidencian la presencia de la tradición cultural inca unida con la extranjera en curioso mestizaje, como se puede ver en los vasos de madera denominados "queiros", o en el caso de las renombradas pinturas de la escuela cusqueña. De todas maneras se considera la afluencia artística en toda la extensión de la América Hispana durante el período virreynal, como un apasionante fenómeno artístico y cultural.

3. EL PROCESO DE PREDATORIO DEL PATRIMONIO CULTURAL

Podemos decir que el proceso depredatorio artístico cultural tiene sus inicios allá por el año de

1531, cuando los primeros conquistadores llegaron al país, motivados por la búsqueda de riquezas y del famoso "El Dorado"¹⁶, por cuanto se tenía conocimiento de la existencia de un imperio similar al de los Mayas y Aztecas, del que se decía que las paredes de sus templos y palacios estaban cubiertos de láminas de oro y plata. Es de esta manera y en base a estos antecedentes que, durante la etapa de los "descubrimientos", los monumentos pre-hispánicos que eran hallados, no tenían otro significado para los recién llegados que, "cosa de indios y gentiles"¹⁷, a los que había que sustraerles todo metal preciado que se pudiera encontrar en ellos, no siendo apreciados, ni por su valor artístico arquitectónico ni por su significación histórica¹⁸. Además, paralelamente al proceso de destrucción de bienes artísticos y culturales, existió un propósito por parte de los conquistadores españoles de hacer desaparecer todo vestigio cultural y religioso inherente a la población que estaba siendo conquistada, habiéndose producido un metódico quebrantamiento de toda actividad que estuviera vinculada con expresiones culturales, como el arte, la música¹⁹, la organización social, su milenario pasado, procediéndose a "extirpar idolatrías". Lo cual más adelante sería de suma trascendencia; ya que a partir de la abolición cultural de la población indígena, paralelamente se generaría una nueva concepción de la vida. Además de las repercusiones en todas las facetas de la vida del hombre andino, cuyos efectos se pueden percibir hasta la actualidad.

Durante el transcurso de la etapa virreynal, las expresiones artístico-culturales fueron el resultado de la imaginación indigenista del hombre autóctono, que todavía mantenía una concepción de la vida de acuerdo a los patrones culturales y religiosos que habían existido hasta antes de que fuera conquistado, y del poderoso influjo de la violenta domina-

13. "Huacos Silbadores": Peculiaridad de algunas piezas arqueológicas que representan figuras de animales, cuya característica fundamental radica en la introducción de líquido en su interior y aire, hasta producir un sonido muy similar al animal que representa.

15. Bergalli. Criminología en América Latina. Ediciones Pannedelli, pág. 26: "La finalidad económica es el argumento principal del movimiento conquistador español y aparece en cierta medida encubierto por la finalidad evangelizadora. Las Indias son la tierra de la realización de una nueva utopía que se traduce, en el plano individual, por el ideal de riqueza, de potencia y de dominio de los conquistadores; y en el colectivo, por una acción depredadora de las civilizaciones autóctonas y de sus valores culturales, sólo aminorada por las tentativas de realización de orden moral cristiano y de una educación humanista que, es justo reconocer, fue realizada por los jesuitas principalmente".

16. Ibid, pág. 30. "Es cierto que el proceso diminutivo de la población indígena tiene un marcado acento hasta el año de 1825, influenciado por diferentes razones de todo tipo: la destrucción de ella provocada por el choque de la Conquista; las epidemias devastadoras a consecuencia más que nada del contacto con el blanco; las nefastas causas de la reagrupación de las poblaciones en vista del trabajo forzado (minas y encomiendas).

17. Referencia en forma peyorativa, con que la Corona Española denominaba las edificaciones que fueron construidas por los incas o los habitantes de las culturas anteriores.

18. Actualmente los monumentos históricos que se encuentran en el Perú, son la admiración del mundo entero, no habiéndose podido descubrir en algunos casos las técnicas que emplearon para construirlos. En el caso de Machu Picchu ha sido reconocido como patrimonio universal y existen diferentes proyectos, para considerar otros conjuntos arquitectónicos históricos para la obtención de una catalogación similar (Chan - Chan).

19. "Conquistadores no se interesaron por la música y la danza de los incas". Noticia aparecida en el diario El Comercio el 30 de mayo de 1982, en el sentido de que durante la conquista del imperio incaico, los españoles difícilmente pudieron recoger y asimilar los diversos tipos de música y danzas incaicas existentes, razón por la cual en la actualidad se hace muy difícil la recomposición del pasado musical.

ción española, que estaba guiado por dogmas de la iglesia católica²⁰, que veía en los monumentos arquitectónicos o en cualquier expresión artística, una demostración de paganismo o herejía. En este aspecto es importante resaltar que el desarrollo de las disciplinas artísticas había prosperado mucho más en Europa que en América, y por consiguiente no se dio mayor importancia a las expresiones estéticas que producían los artesanos criollos, siendo comprensible que el arte europeo avasallara sobre manera en muchos aspectos al autóctono. Pero todo esto de ninguna manera significó que la habilidad y la técnica de millones de indígenas desapareciera sino, por el contrario, se cimentó con el paso de los años, generándose una nueva etapa en el desarrollo de las artes en el Perú, con sus propias inquietudes, motivaciones y peculiaridades, básicamente vinculadas a una nueva concepción del mundo que empezaba a despertar en aquellos años. Es a partir de estos momentos que nace la actualmente famosa escuela virreynal de pintura, dándose mayor importancia a los temas de carácter religioso por vivirse una etapa de catequización de las masas indígenas por parte de la Iglesia Católica, lo que más tarde originaría que se pintaran miles de estos cuadros, que han cubierto casi la totalidad de las paredes de las iglesias coloniales en todo el territorio nacional.

En la actualidad son los templos los que más son víctimas de sustracciones de obras virreynales pictóricas. Según las estadísticas sumarían cerca de setenta entre iglesias, parroquias, capillas, arzobispados, basílicas y conventos los que han sido objeto de toda clase de saqueos y, de los que se ha sustraído no sólo cuadros de pinturas, sino también objetos de oro, plata, columnas de estilo rococó, puertas, ornamentaciones, imágenes religiosas, manuscritos y hasta campanas, como ha sido el caso de la iglesia de Surimana, lugar en donde se gestó la revolución de Tupac Amaru.

El motivo que ha propiciado esta clase de sustracciones, sobre todo de óleos virreynales, es el hecho de que en estos últimos años a nivel internacional, ha empezado a darse el debido valor por partes de técnicos, expertos y coleccionistas a las pinturas coloniales peruanas (Escuela Limeña y Cuzque-

ña). Siendo el caso más notorio hasta la fecha, los remates que realiza la conocida casa de remates de obras de arte "Sotheby Parke Bernet Inc., que tiene una de sus sedes más importantes en la ciudad de New York y que hasta se ha dado el lujo de imprimir folletos a todo color en los que continuamente aparecen cientos de estas pinturas que han sido sustraídas de los templos en el país, valorizadas, como precio base, en la cantidad de 800,000 mil dólares. Por gestiones que realizó el gobierno peruano, en algunos casos se suspendieron los remates, con la finalidad de gestionar en los Estados Unidos los trámites judiciales necesarios para su recuperación, por cuanto se pudo probar que habían sido sacadas del país de manera ilícita y sin el permiso de las respectivas autoridades. Habiendo trascendido que el "modus operandi" de estos robos sacrílegos, era el siguiente: turista venía del extranjero con la única finalidad de ubicar este tipo de cuadros para fotografiarlos y posteriormente, regresaban a sus países de origen donde encargaban a personas de dudosa reputación que vinieran al Perú para contactarse con miembros de la mafia criolla. Estos se encargaban de sustraerlos de los templos en donde se encontraban, y de sacarlos posteriormente de manera clandestina por las fronteras menos vigiladas, en algunos casos en complicidad con las mismas autoridades²¹.

También se ha podido comprobar el caso de coleccionistas privados que tienen en su poder este tipo de óleos, que son sacados al extranjero de manera sistemática (o por lo menos lo hacían) y sin ningún tipo de autorización, ya que la ley peruana establece que cualquiera que genera una actividad traslativa de dominio sobre estos bienes, no sólo se requiere que estén previamente registradas e inventariadas, sino también que se disponga de la respectiva autorización del Instituto Nacional de Cultura²². De otro lado, este tipo de remates en los Estados Unidos y en Europa, se han hecho muy conocidos y cotizados, encontrándose las autoridades peruanas con el problema de que hasta la actualidad no se dispone de un archivo inventariado sobre bienes artístico-culturales²³.

En cuanto a la depredación del arte pre-colombino, los hechos demuestran que no se han producido relevantes variaciones en la actualidad, puesto que de

20. Op. cit., pág. 26. "Siempre se ha dicho que el objetivo principal de la colonización fue la evangelización de las Indias y la realización de una nueva cristiandad al otro lado del Atlántico. La misión de los Reyes en virtud de la Bula de Donación de Alejandro VI en 1493, es extender el campo de la cristiandad y, como lo indica Felipe II en las "Ordenanzas de las Poblaciones de 1573", el objetivo principal que nos incita hacer nuevos descubrimientos es la predicación y la difusión de la fe católica, a fin de que los indios sean enseñados a vivir en paz y orden".

21. Noticia publicada en el diario La Prensa el día 30 de abril de 1981.

22. Ley No. 6634 del 13 de junio de 1929, que en su artículo 11o. estipula: Las antigüedades pre-colombinas de propiedad particular, se inscribirán en un registro particular".

Artículo 4o. de la Resolución Suprema 94o. que aprueba el reglamento de la ley mencionada y que dice lo siguiente: "El Patronato abrirá un registro de antigüedades, en el que habrá dos secciones: una para la inscripción de ruinas y antigüedades clasificados geográficamente y otro para los objetos menores de propiedad particular, especificados según su naturaleza, importancia científica, artística y el nombre y domicilio del propietario.

23. "Por falta de pruebas no se pueden recuperar lienzos cusqueños en los Estados Unidos". El Comercio 12 de febrero de 1982. De 150 pinturas, sólo se ha podido impedir el remate de ocho. "Ante tal situación la Procuraduría General del Ministerio de Educación, denuncia a cinco peruanos y una panameña, ante el 20o. Juzgado de Instrucción en vinculación con el contrabando del caso Berntein, a fin de que el Poder Judicial pueda detectar algunas pruebas para acreditar la preexistencia peruana

las noticias que salen casi todos los días publicadas en los diferentes diarios, así como de las incautaciones que se producen en las aduanas del extranjero, sobre todo en los Estados Unidos, se desprende que se siguen cometiendo todo tipo de saqueos y robos careciéndose de total vigilancia policial y administrativa. Se ha llegado a saber que se utilizan todo tipo de implementos para la comisión de estas ilícitas actividades, sin tenerse en cuenta los daños irreparables que se cometen²⁴.

Una muestra de la magnitud que está calzando este tipo de delitos²⁵ es el robo que se ha estado cometiendo en perjuicio del Museo Nacional de Arqueología y Antropología, del que se han sustraído sistemáticamente durante años, cerca de 4,000 piezas de oro y plata en complicidad con el personal que trabajaba allí. Hasta la fecha no se ha podido recuperar nada de lo sustraído y se desconoce su paradero, sospechándose que su gran mayoría ya debe estar en el extranjero²⁶.

Resulta así sorprendente y vergonzoso para nuestro país que, en muchos museos del mundo, se estén exhibiendo piezas de este tipo de valor histórico y monetario incalculable y que, en algunos casos los ejemplares sustraídos sean únicos con total desconocimientos de los canales por los que fueron sustraídos. Por su parte, la policía hasta la fecha ha logrado recuperar muchos de los lienzos de pintura que fueron robados en el interior del país, así como de objetos arqueológicos que se encontraban en po-

der de particulares o en casa de venta de antigüedades.

Como dato estadístico cabe resaltar que, en la actualidad en el plano judicial existen más de doscientos cincuenta procesos penales en los diferentes Juzgados de Instrucción y Tribunales Correccionales de Lima, relacionados directamente con excavaciones arqueológicas clandestinas, tráfico ilícito de obras de arte de diferentes períodos (huacos, tejidos, pinturas, estatuas, etc.); aparte de los procesos iniciados por sustracciones en iglesias. También la Policía Fiscal se encarga de las averiguaciones en estos casos y ya ha informado a la opinión pública que se han hecho más de doscientos cincuenta atestados policiales relacionados a sustracciones y robos de este género, los mismos que una vez terminados pasarán a conocimiento de las autoridades judiciales.

Y para finalizar, es conveniente exponer que el grado de depredación artístico-cultural a que se ha llegado en el Perú, hace temer a las personas entendidas y a las autoridades culturales vinculadas a estos aspectos que, si el tráfico ilícito y las actividades depredatorias se sigue manteniendo a similar ritmo, no tendrán que pasar muchos años, para que por lo menos una gran parte de toda esta riqueza se encuentre ya fuera del país y, tengamos nosotros que viajar al extranjero para poder admirarlas debido al desinterés, indiferencia y descuido de algunos peruanos.

de los lienzos".

"Perú iniciará acciones para recuperar obras de arte en los Estados Unidos". El Comercio, 20 de noviembre de 1982. "El Gobierno peruano iniciará la semana próxima las acciones legales tendientes a la recuperación de los cincuenta objetos precolombinos y siete pinturas coloniales, que ilícitamente pretende subastar la galería neoyorkina de Sotheby's".

"No se puede permitir el saqueo del patrimonio cultural del Perú". Dice el abogado norteamericano Frederic Truslow. "El prestigio y orgullo del Perú tiene que defenderse y no se puede permitir que negociantes se burlen de las leyes y saquen del país objetos que forman parte del patrimonio cultural de una nación. El Comercio "Aún no se sabe cómo salieron del país obras que rematan en Nueva York". El Comercio.

24. "Huaqueros saquen tumbas descubiertas en Moquegua". Este Departamento se está convirtiendo en una importante área arqueológica, con los descubrimientos de valiosos yacimientos, unos derivados de minuciosos estudios y otros simplemente productos de la casualidad. Lamentablemente, al propagarse la voz sobre los hallazgos, prácticamente se ha desatado un saqueo generalizado, pues medio mundo cargó con lo que pudo, festín que a poco se completó con la presencia de huaqueros profesionales, que lampa en mano ampliaron las excavaciones hasta formar profundos socavones, en busca de tesoros históricos". El Comercio 28 de mayo de 1984.

"Irresponsables destruyen las pictografías de cuevas de Sumbay". "Elementos irresponsables vienen destruyendo estas pictografías con una antigüedad de cuatro mil a seis mil años, poniendo en peligro este extraordinario legado de arte rupestre". El Comercio 24 de octubre de 1982.

25. Según el índice de estadísticas de procesos penales instaurados por la Procuraduría del Sector de Educación, que es el organismo del Estado que se encarga de representarlo en los juicios contra los autores de hechos cometidos contra el patrimonio cultural, sobrepasarían hasta el mes de noviembre de 1984, cerca de 20,000 los objetos artístico-históricos que por diferentes razones han motivado instructivos penales. Entre los que se encuentran no sólo la sustracción y robo de huacos de todo género y de variadas culturas, sino también cerámicas, textiles, metes, lienzos, objetos sagrados, daños materiales a diferentes centros arqueológicos, campanas, efigies religiosas, ocupación de predios con valor histórico, robos importantes en iglesias, excavaciones clandestinas, coronas de oro y plata, joyas en templos, objetos litúrgicos, mantos incas, rejas de palacio, lienzos por identificar, etc. Los cuales han conllevado a la aperturación de más de doscientos procesos penales en todos los departamentos del país, en contra de ciudadanos peruanos y extranjeros, por los delitos contra el patrimonio, contrabando, usurpación, multa coactiva, daños materiales, nulidad de remate, indemnización en la vía civil, etc. Situación que ha conllevado a la necesidad de recurrir a la tipificación de otros ilícitos penales, por cuanto todavía en nuestro ordenamiento penal no se encuentran tipificados de manera específica los "Delitos Contra el Patrimonio Cultural".
26. "Robo en el Museo de Pueblo Libre correría el riesgo de quedar impune". Noticia aparecida en el diario El Comercio en el año de 1982. en el sentido de que, "la multimillonaria sustracción de reliquias arqueológicas trabajadas en oro del Museo Antropológico del Museo de Pueblo Libre, corre el riesgo de convertirse en un robo perfecto. Según informaron fuentes generalmente bien informadas..."

El carácter contractual de la prenda y la posibilidad de ser un contrato de prestaciones recíprocas

Miguel Torres Méndez

Alumno del 8o. Ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUC.

Ha constituido siempre materia de diferentes posiciones, tanto en la doctrina como en la legislación comparada, el atribuirle a la prenda carácter contractual. Tal es la finalidad del presente trabajo, investigar si en el nuevo Código Civil de 1984 la institución jurídica de la prenda es un contrato, y si de serlo, pueda ser también un contrato de prestaciones recíprocas.

Considero que es importante investigar sobre esta doble posibilidad que pudiera encontrarse en el nuevo código Civil, ya que de hallarse, nos permitiría obtener interesantes e importantes consecuencias jurídicas sobre todo si se llega a concluir que la prenda pueda ser un contrato de prestaciones recíprocas.

Pero para poder saber si la prenda es un contrato de prestaciones recíprocas, primero que nada hay que averiguar si la prenda es en realidad un contrato, al menos en nuestro ordenamiento civil. Por lo cual, empezaré este trabajo analizando primero si la prenda es un contrato, para luego, en caso hallar una conclusión positiva, analizar si puede ser también un contrato de prestaciones recíprocas.

Antes de dar inicio considero que es necesario señalar que no debe pensarse que por el hecho que en

el actual Código Civil la prenda no figure legislada en ninguna de las dos primeras secciones del Libro VII —que versa sobre las Fuentes de las Obligaciones— ya sea en la Sección Primera (que versa sobre los contratos en general) o en la Sección Segunda (que versa sobre los Contratos Nominados), sea razón suficiente para afirmar que la prenda no es un contrato, y que como la prenda se encuentra legislada en el Libro de los Derechos Reales, ésta sea sólo un derecho real. Hipótesis que restaría total fundamento a este trabajo.

Al respecto, debo indicar que tal razonamiento no es exacto. Y esto se demuestra o explica mejor con algunos ejemplos más que con una explicación teórica. Situándonos en el actual Código Civil, la anticresis por ejemplo, es tratada expresamente como un contrato (art. 1092) y sin embargo, no se encuentra ubicada en ninguna de las Secciones Contractuales anteriormente citadas. Igualmente, y situándonos ahora en el Código Civil de 1936, la prenda también es tratada expresamente como un contrato (Art. 895), y sin embargo tampoco se encontraba legislada en la respectiva sección contractual del Código Civil ya derogado. Por lo tanto, cabe afirmar que por el hecho que una institución jurídica se encuentre legislada en una determinada sección, esta ubicación no

necesariamente determina su naturaleza jurídica.

Hecha ya esta necesaria aclaración, daré ahora sí inicio al presente trabajo.

La investigación sobre el carácter contractual de la prenda debo iniciarla con el estudio de las acepciones que comúnmente se le asignan a la prenda. Como se sabe, y como bien lo señala el Dr. Jorge Avendaño Valdez, se le asignan tres acepciones a la palabra prenda. La primera acepción es precisamente la de prenda como "el contrato en virtud del cual el deudor de una obligación o un tercero, entrega una cosa mueble de su propiedad a un tercero, entrega una cosa mueble de su propiedad al acreedor o a un tercero"¹. Este mismo autor, comentando esta acepción, dice: "Este contrato de prenda es paralelamente al contrato o vínculo obligacional que se garantiza. Por consiguiente, supone un acuerdo de voluntades distinto del que da lugar a la obligación garantizada; si bien ambos se producen generalmente en el mismo momento y están vinculados"².

La segunda acepción es la de prenda como "la cosa que se entrega en garantía de la obligación"³. Esta acepción, como se puede apreciar, se explica por sí sola.

Y finalmente, la tercera acepción es la de prenda como el "derecho real de garantía" que, surge en el acreedor respecto de la cosa como consecuencia de la obligación contraída que se quiere garantizar.

Expuestas ya las tres acepciones que se le asignan comúnmente a la prenda, toca ahora averiguar, sólo para efectos metodológicos, cuál de estas tres acepciones utiliza el actual Código Civil para el tratamiento o regulación de la prenda. Porque es menester señalar, que el dar con esta averiguación no quiere decir que para el Código Civil la prenda sea únicamente lo que significa la acepción que éste utiliza para referirse a aquélla. Dicho en otras palabras, si tal parece, el Código Civil de 1984 para referirse a la prenda no utiliza la acepción de "contrato" sino la acepción de "derecho real de garantía"; esto no quiere decir que la prenda no pueda ser un contrato y que sólo sea un derecho real de garantía.

Para averiguar qué acepción utiliza el Código Civil para referirse a la prenda, resulta obvio observar que tal averiguación se ha de hacer en el análisis de los artículos pertinentes del Código. Vale decir, en el análisis de los artículos del Código Civil en los que se regula o legisla a la prenda. Este análisis deberá

comprender tanto si se usa dicha acepción en forma explícita o en forma implícita. Es decir, si en forma expresa se menciona a la prenda como contrato o, sin mencionarse en forma expresa, de los textos de los artículos se puede inferir que se está usando tal acepción.

Hecha esta indicación, debo afirmar ahora que el Código Civil de 1984 no atribuye a la prenda carácter contractual, pues no hay ningún artículo en el Título I (Título de la "Prenda") de la Sección Cuarta del Libro V (Libro de los "Derechos Reales") de este Código que mencione en forma expresa al "Contrato de prenda"; o que aluda de alguna manera a considerar a la prenda como un contrato. Cosa que sí sucedía en los derogados Códigos Civiles de 1852 y 1936. En el primero se le legisló en el Libro de los Contratos como un contrato nominado; y en el segundo, si bien ya no se legisló como un contrato nominado, contenía por lo menos un artículo en el que se refería a la prenda como contrato (Art. 985).

Esta conclusión se ve reforzada además con el importante fundamento de la Exposición de Motivos del Código Civil. Tal fundamento se encuentra concretamente en la exposición de motivos del Art. 1055 del Código Civil.

En la exposición de motivos de este título 1055, el legislador manifiesta lo siguiente: "En conceptualización se consagran las notas constitutivas de la prenda: **la de ser un derecho real de garantía**, ya que está dentro de esta sección; su condición de derecho mobiliario, su carácter real, que sólo se perfecciona con la tradición sea física o jurídica, y por último el garantizar el cumplimiento de cualquier obligación"⁴.

Es la tercera acepción pues, la que utiliza el Código Civil de 1984 para regular la prenda, la acepción de prenda como derecho real de garantía.

Por lo tanto, ante este análisis legal, se podría concluir inicialmente que como el Código Civil de 1984 no legisla o regula la prenda como contrato, ésta no podría obviamente ser considerada como un contrato de prestaciones recíprocas. Con tal fundamento, esta conclusión aparece evidente.

A pesar de ello, en realidad esto no es evidente. Esta conclusión, es correcta en realidad, no por este fundamento recientemente utilizado, sino por otro que posteriormente analizaré. En otras palabras, considero que tampoco es suficiente el argumento

1 Avendaño Valdez, Jorge "La Prenda" en Derechos Reales, Materiales de Enseñanza P.U.C.P. Lima, 1981, pág. 309.

2 Ibid, pág. 309

3 Ibid, pág. 310

4 Maisch Von Humbolt, Lucrecia. Exposición de Motivos en Revoredo de Debakey, Delia "Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios" Tomo V, Lima 1985, pág. 240.

por el cual por el hecho de que la prenda no sea regulada legalmente como un contrato, ésta no pueda ser naturalmente, tampoco un contrato de prestaciones recíprocas.

Tal aseveración no significa que se esté afirmando que la prenda sin ser un contrato pueda ser un contrato de prestaciones recíprocas, lo cual sería un contrasentido. Lo que en realidad afirmo, es que no por que la ley (el Código Civil) omita regular la prenda como un contrato, ésta por sus propios caracteres jurídicos no sea en realidad un contrato. Por supuesto, tal hipótesis precisa de una demostración que pasaré a desarrollar en seguida.

Para poder demostrar esta hipótesis recurriré de nuevo a otro ejemplo práctico, pero esta vez aunado con un fundamento teórico. Empezando primero con el fundamento teórico, confrontaré el concepto que nuestro Código Civil tiene sobre el contrato, con lo regulado en este mismo Código sobre la prenda; ya que, a diferencia del contrato, en el que el Código Civil sí lo define expresamente, éste no hace lo mismo respecto a la prenda.

"Contrato", nos dice el Código Civil Peruano de 1984, es "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (Art. 1351). Tal definición es, por demás totalmente clara y explícita. Con ella se entiende perfectamente que todo acuerdo de voluntades, baste que esté referido a una relación jurídica patrimonial, ya sea para crearla, regularla, modificarla o extinguirla, es un contrato.

Ahora, tal como vengo diciendo, no existe en este mismo Código Civil un artículo definitorio de la prenda. Simplemente, figura un artículo que describe las características esenciales de la prenda, el cual mal que bien sería el artículo definitorio. Tal artículo es el 1055o. del Código Civil, artículo que ya ha sido anteriormente citado.

Este artículo prescribe que "La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica,..." Me detengo aquí, en esta parte de esta supuesta definición; porque hasta aquí el citado artículo nos está describiendo la manera como nace, como se forma, o tal como dice el propio artículo, como se constituye la prenda.

Ahora bien, es importante darse cuenta que, obviamente, para que pueda operarse o verificarse la prenda, vale decir, para que se pueda constituir (en

la forma en que el ya mencionado artículo 1055o. lo prescribe) es necesario que esta constitución se dé por acuerdo de voluntades.

Tal afirmación, creo que es por demás, totalmente evidente y por lo tanto indiscutible. Porque no se concibe que se pueda constituir una prenda, en la forma en que lo prescribe el artículo 1055o., sin que medie un acuerdo de voluntades. Es inconcebible que sin un acuerdo de voluntades el deudor de una obligación principal, o un tercero, entregue (física o jurídicamente) al acreedor o a un tercero también, un bien mueble de su propiedad que ha constituido en favor del acreedor de esa obligación principal. Por lo tanto, tal constitución de prenda necesariamente debe darse a través de un acuerdo de voluntades.

Resulta entonces, que como este acuerdo de voluntades está referido a una relación jurídica patrimonial, pues está "creando" un derecho real de garantía, que es uno de los supuestos contemplados en el artículo 1351o. —artículo definitorio del contrato—; tal acuerdo de voluntades es un contrato.

Demostrar que sí se trata de una relación jurídica "patrimonial" creo que es innecesario porque esto salta a la vista.

Es, pues, mediante un contrato, que el deudor o un tercero, entrega (física o jurídicamente) un bien mueble de su propiedad al acreedor; y de esa manera queda constituida la prenda. Por tal razón, la prenda sí resulta ser un contrato.

Para otorgar mayores visos de seguridad a esta conclusión, procederé ahora a reforzarla con otro fundamento teórico. Tal fundamento es el de los elementos del contrato. Específicamente, los elementos "esenciales" para la existencia del contrato (*). Manuel de la Puente y Lavalle, al referirse a esta clase de elementos dice: "Los elementos esenciales comunes para la existencia del contrato son aquellos que **deben existir** en todos los contratos y, según la mayoría de la doctrina, son: el consentimiento, la causa; y el objeto"⁵.

Corresponde ahora entonces, averiguar si este supuesto contrato de prenda reúne, o cumple con contener, estos elementos esenciales comunes para la existencia del contrato. De esta manera, si descubro que no los reúne, entonces tendré que concluir que la prenda en realidad no es un contrato, o si por el contrario, descubro que sí los reúne, concluiré entonces que definitivamente la prenda sí es un contra-

(*) Para tener una buena noción de lo que son elementos esenciales para la existencia y validez del contrato véase a De La Puente y Lavalle, Manuel. Estudios del Contrato Privado, Lima, 1983, págs. 124 y ss.

5 De La Puente y Lavalle, Manuel. Estudios del Contrato Privado, Lima, 1983, pág. 125.

to.

En pos de una buena metodología en este trabajo empezaré esta averiguación en orden inverso al que ha utilizado Manuel de la Puente y Lavalle al hacer mención a estos elementos.

Debo empezar entonces, averiguando si se cumple con el objeto. Vale decir si al constituirse la prenda se cumple con el objeto del contrato que consiste en "crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (artículo 1351o., Código Civil de 1984). Se puede apreciar bien entonces, que al constituirse la prenda si se cumple con crear una relación jurídica patrimonial. Pues, al constituirse la prenda se está creando un derecho real de garantía. Por lo tanto, el contrato de prenda sí cumple con el objeto de todo contrato.

Respecto a la causa, como se sabe, el Código Civil Peruano de 1984, por una razón de técnica legislativa no reconoce a la causa como elemento del acto jurídico. El artículo 140o. no considera la causa entre los requisitos necesarios para la validez del acto jurídico.

Queda sólo entonces averiguar si en este contrato de prenda hay consentimiento contractual. El consentimiento contractual, como se sabe también, consiste en la formación del contrato. Formación que se da "en el momento en que la oferta y la aceptación coinciden absolutamente y, por lo tanto, se produce el acuerdo de voluntades que constituye el consentimiento contractual"⁶.

Ahora, tal como lo señalaba líneas atrás, la constitución de la prenda (en la forma en que lo señala el artículo 1055) sólo puede darse a través de un acuerdo de voluntades. Y para que pueda darse este acuerdo de voluntades tienen que coincidir absolutamente una oferta y una aceptación, que van a producir finalmente este acuerdo de voluntades, que constituye el consentimiento contractual.

Tengo que ver entonces, si en la constitución de la prenda coinciden una oferta y una aceptación. Y se puede apreciar que en efecto, sí coinciden; pues, para que se pueda constituir la prenda en la forma en que el Art. 1055 prescribe; el deudor o el tercero debe **ofrecer** entregarle un determinado bien mueble de su propiedad al acreedor. Oferta ésta que puede o no ser aceptada por el acreedor; pero que de ser **aceptada** y entregado el bien, concluye o genera ya un contrato, contrato que viene a ser el contrato de prenda.

Se vea por donde se vea entonces, o se analice por donde se analice, la prenda definitivamente sí

es un contrato. Al respecto, sólo me resta mencionar un ejemplo práctico más, que ofrecí mencionar en un comienzo; tal ejemplo es el de la transacción. Como se sabe esta institución jurídica se encuentra legislada en el Código Civil de 1984, en el Libro de "Las Obligaciones" como un modo o forma de extinción de las obligaciones. Pero como ya he mencionado, antes la ubicación legislativa no es determinante para calificar la naturaleza jurídica de una institución. Si bien la transacción es un modo de extinción de las obligaciones, por sus características también resulta ser un contrato.

Para una mejor comprensión de esta conclusión, debo señalar que es sólo para efectos de una buena técnica legislativa que el legislador ubica una determinada institución jurídica en una sola sección de un código o cuerpo de leyes. Porque de no hacerlo así, en el caso de instituciones cuya naturaleza jurídica no se agota en una sola esencia, como es el caso de la prenda (que es un derecho real de garantía y también es un contrato real de prenda) el tener que ubicar legislativamente a esta institución en dos secciones (en la Sección de los Derechos Reales y en la Sección de los Contratos) crearía un amplio margen de confusión para los usuarios del Código —que no necesariamente tienen que ser abogados— en el momento de querer aplicar las normas. Por tal razón, el legislador tiene que optar por una sola ubicación. En el Código Civil vigente, al igual que en el derogado de 1936, se ha optado por la ubicación de Derechos Reales de Garantía; a diferencia por ejemplo del también derogado Código Civil de 1852 en el que el legislador optó por ubicarlo como contrato nominado.

Sabiendo ya muy bien que la prenda sí es un contrato debemos analizar si puede a su vez ser un contrato de prestaciones recíprocas.

Para esto, debo concluir inicialmente, que pese a que el actual Código Civil establece que "los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes" (Art. 1352), el contrato de prenda es "real".

Pues tal como se ha venido señalando en el desarrollo del presente trabajo (y tal como lo prescribe el artículo 1055o) la prenda se constituye sobre un bien mueble, **mediante su entrega** física o jurídica. Se aprecia claramente pues, que para que se pueda constituir la prenda se requiere de la entrega (física o jurídica). Y por tal razón el contrato de prenda resulta ser real.

Hay quienes niegan esta conclusión, sosteniendo "que la entrega es ciertamente necesaria para que pueda constituirse válidamente el derecho real de prenda, pero no el contrato, fuente del mismo"⁷. Con lo cual pretenden afirmar que la prenda sólo es real como derecho real de garantía; pero que es

6 Ibid, pág. 148.

7 Jordano Barea, Juan. La Categoría de los Contratos Reales. Barcelona, 1985, pág. 142.

consensual como contrato.

Al respecto, debo señalar que tal fundamento sólo es válido en ordenamientos civiles en los que se reconoce validez a un acuerdo puramente consensual que obliga a la creación del mismo derecho real de garantía. Dicho en otras palabras, este fundamento es válido sólo en los ordenamientos civiles en los cuales existe norma expresa que ampare o dé validez al contrato —acuerdo— meramente consensual, por el cual una de las partes se obliga a la entrega (con lo cual se constituye el derecho real de garantía) del bien mueble afectado en prenda. Tal supuesto se da por ejemplo en el Código Civil Español (Art. 1862).

Pero este supuesto no se da en el Código Civil Peruano de 1984. Pues, como ya se ha dicho, este Código no regula a la prenda como contrato. No hay ningún artículo en este Código, que mencione en forma expresa a la prenda como contrato, o que en forma implícita a considerar a la prenda como tal.

Muy por el contrario, el Código Civil Peruano de 1984, contiene una norma en la que implícitamente no da validez o no ampara, al acuerdo puramente consensual en el que el deudor ha ofrecido entregar un bien mueble en prenda al acreedor y ésta ha aceptado recibirlo; pero que finalmente nunca llegó a entregar.

Tal artículo, es el 1071o., que a la letra dice lo siguiente: "Si el deudor no entrega el bien ofrecido en prenda, o el que debe sustituirlo conforme al artículo 1072o., el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido".

Lo que quiere decir este artículo es que en el supuesto de no entregarse el bien ofrecido en prenda, tal prenda (léase "contrato de prenda") no existe. Y por lo tanto, el cumplimiento de la obligación principal se encuentra sin respaldo, es decir, se encuentra desamparada y desprotegida. Por tal razón, este artículo 1071o. faculta al acreedor, en este caso, a exigir el cumplimiento anticipado de la obligación principal, más no de la obligación accesorio. Pues le es imposible exigir el cumplimiento de la obligación accesorio, ya que no ha nacido el contrato (de prenda) que dé origen a la obligación.

Esta interpretación del Art. 1071o., está respaldado por la exposición de motivos del Código Civil. En ella, el legislador manifiesta lo siguiente: "La fundamentación de esta prescripción es muy clara: la prenda (léase el contrato de prenda) es una garantía real, se afianza una obligación mediante la entrega de un bien y si ésta (la entrega) no se realiza o no substi-

tuye el bien en caso de ser éste ajeno, insuficiente, o tener vicio, la garantía (léase "el contrato de prenda"), se tornaría inexistente lo que indudablemente perjudica al acreedor y contraría lo pactado, puesto que éste sólo aceptó la obligación por la garantía que la respaldaba, y por ello resulta justo que pueda existir el cumplimiento anticipado de la obligación"⁸.

Por lo tanto, el mero acuerdo, sin entrega, por el cual el deudor haya ofrecido dar un bien en prenda al acreedor y ésta haya aceptado, no tiene ninguna validez.

Por eso es que el citado artículo 1071o. faculta al acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación principal. Pues, si existiera o tuviera validez el mero acuerdo sin entrega; habría contrato que hubiera generado una obligación. Y habiendo obligación, ésta como toda obligación, si es incumplida, el acreedor podría ejercitar la ejecución forzada de la obligación. Ejecución forzada que es uno de los efectos, de las obligaciones, tal como lo dispone el inciso 1o.) del artículo 1219o. del Código Civil de 1984. Pero como no hay contrato de prenda —que haya generado una obligación— sin la entrega, el art. 1071o. no puede, obviamente facultar la ejecución forzada de una obligación que no existe. Por tal razón, este artículo faculta al acreedor a exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido.

La ejecución forzada sí sería posible en el ordenamiento civil español, en el que sí se da validez al acuerdo puramente consensual que obliga a la entrega de la prenda (artículo 1862o. Código Civil español).

Queda pues, ampliamente demostrado que el contrato de prenda, en el Código Civil Peruano de 1984, es de carácter real; y el ser de carácter real a su vez, descubre otro carácter que es el de ser un contrato unilateral y no de prestaciones recíprocas, pues, todo contrato real es a su vez, unilateral.

Un contrato es unilateral si al momento de nacer el contrato, vale decir, al momento de celebrarse éste, sólo una de las partes celebrantes se encuentra obligada, a diferencia de un contrato de prestaciones recíprocas o tradicionalmente llamado "bilateral", en el que al momento de celebrarse el contrato se generan varias obligaciones a cargo de más de una parte; y estas obligaciones se encuentran interrelacionadas recíprocamente una(s) con otra(s).

Como en un contrato real sólo una de las partes se encuentra obligada, pues el ser real implica que se necesite de la entrega o tradición del bien para que pueda producirse o celebrarse el contrato, es aprecia-

8 Maisch Von Humboldt, Lucrecia, Exposición de Motivos en Revoredo de Debaquey, Delia "Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios" Tomo V, Lima, 1985, pág. 248.

ble que una vez producida esta entrega, y por lo tanto celebrado el contrato, sólo una de las partes se encuentra obligada y esta obligación a cargo de una sola de las partes, es la obligación de devolver el bien que se le ha hecho entrega.

Por lo tanto, todo contrato real, es por esta razón a su vez, unilateral. Queda pues descartada toda posibilidad por la cual se pueda considerar al contrato de prenda como un contrato de prestaciones recíprocas.

CONCLUSIONES

- a) La ubicación legislativa de una institución jurídica no necesariamente determina su naturaleza jurídica. Por tal motivo, el hecho de que la prenda se encuentre legislada en la Sección de los Derechos Reales de Garantía no significa que ésta sólo pueda ser un derecho real de garantía y no un contrato.
- b) La acepción que utiliza el Código Civil Peruano de 1984 para regular a la prenda es la acepción de prenda como el "derecho real de garantía" que surge en el acreedor respecto de la cosa que como consecuencia de la obligación contraída que se quiere garantizar.

- c) Para que se pueda constituir la prenda en la forma en que el artículo 1055o. lo prescribe, es necesario que esta constitución se dé por acuerdo de voluntades.
- d) Al darse el acuerdo de voluntades, que con la entrega del bien constituye la prenda, se ha configurado un contrato. Tal contrato, es el contrato de prenda.
- e) El contrato de prenda es de carácter real, pues para su existencia o conclusión se requiere de la entrega, sea física o jurídica del bien afectado en prenda.
- f) Por ser el contrato de prenda real, es también de carácter unilateral, pues al momento de celebrarse sólo una de las partes se encuentra obligada, y esa obligación es la de devolver el bien que se le hizo entrega, entrega con la que quedó perfeccionado el contrato de prenda.
- g) El Código Civil Peruano, de 1984 no da validez al acuerdo puramente consensual en el que el deudor ha ofrecido entregar un bien en prenda al acreedor y éste sólo ha aceptado recibirlo sin haberse producido efectivamente la entrega.

GLORIA S.A.

Sección Comentarios al Código Civil

THEMIS en su constante afán de contribuir al desarrollo y difusión de las Ciencias Jurídicas en nuestro medio se complace en presentar, a partir de esta edición, una Sección de Comentarios al articulado del nuevo Código Civil destinada a facilitar una mejor y cabal comprensión del referido cuerpo normativo, para la cual son desde ya bienvenidas las colaboraciones de catedráticos, profesionales y estudiantes de Derecho.

La conocibilidad del error

José Daniel Amado V.

Alumno del 9o. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Directivo de THEMIS

"Artículo 201: El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte".

El Código de 1984 introduce una variación importante en el tratamiento del error como vicio de la declaración de voluntad al agregar la conocibilidad como un elemento que debe concurrir para que dicho fenómeno alcance relevancia jurídica.

La conocibilidad del error, según la define el artículo 203, se presenta "cuando en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo". El texto de este artículo es virtualmente una traducción del artículo 1431 del Código Civil Italiano y contiene una serie de criterios que nos permiten establecer una conocibilidad "objetiva".

El Código Italiano no incluye disposiciones relativas a los Actos Jurídicos en general, por lo que trata el error como un vicio del consentimiento, dentro del capítulo referido a la anulabilidad del contrato. Nuestro Código Civil incluye el error entre los vicios de la declaración de voluntad, por lo que tales disposiciones están supuestas a ser de aplicación a todos los

Actos Jurídicos, incluyendo por cierto a las convenciones y, dentro de ellas, a los contratos.

El artículo 1428 del Código Italiano está redactado de manera casi idéntica a la norma que comentamos, aunque se refiere específicamente a la conocibilidad "por el otro contratante", en tanto que el Código Peruano hace referencia a "la otra parte". Es así que, en principio, la frase que utiliza nuestro Código extiende el ámbito de aplicación de la norma a todos los actos jurídicos bilaterales.

Sin embargo, el error antes que una institución jurídica es una realidad inherente a la naturaleza imperfecta del hombre, por lo que puede presentarse por igual en un convenio que en un acto plurilateral que no sea bilateral, así como en los actos unilaterales. Tal situación nos obliga a preguntarnos si la inclusión de la conocibilidad como un requisito concurrente para la relevancia jurídica del error, significa que el error deba ser considerado un vicio privativo de los actos bilaterales. La respuesta esperada es negativa, aunque el texto mismo de la disposición deja abierta la posibilidad de una interpretación en ese sentido.

En efecto, en cuanto a los actos unilaterales po-

dría sostenerse que están distantes del supuesto de la norma, toda vez que ésta supone dos requisitos concurrentes, unidos por una conjunción, uno de los cuales requiere de la existencia de "otra parte", situación que evidentemente no se presenta en un acto unilateral. En cuanto a los actos plurilaterales, sería igualmente posible argüir la inaplicabilidad del requisito por razones similares a las expuestas, en tanto que el término "la otra parte" está redactado en singular, pudiendo así entenderse que la norma se refiere únicamente a actos bilaterales y no a los demás actos plurilaterales donde, en todo caso, podríamos hablar de "otras partes".

Sin embargo, no creemos que sea ésta la interpretación correcta de la norma comentada. El motivo de la inclusión de la conocibilidad del error no está relacionado con una intención de restringir el ámbito de aplicación de la institución, sino que está obviamente vinculado con la necesidad de adoptar una fórmula más coherente con las teorías de la responsabilidad y de la confianza, acogidas por el Código en relación a la declaración de voluntad. Hay una evidente intención de proteger a quien de buena fe ha depositado su confianza en la declaración, la cual no será susceptible de anulación por error sino cuando exista una falta in contrahendo del receptor de la misma: el hecho de no haber advertido un error que cualquier hombre prudente hubiese reconocido.

En este orden de ideas, no resulta difícil hallar una interpretación más idónea de la norma analizada, no obstante la poco acertada redacción de la misma. En cuanto a los actos plurilaterales no-bilaterales, es claro que el requisito de la conocibilidad puede entenderse como referido a los celebrantes que no hayan incurrido en el error, teniendo en consideración las circunstancias particulares del acto que se impug-

na. En ese caso parece posible hablar de dos "partes": de un lado el o los celebrantes del acto que hayan incurrido en el error y, de otro lado, el o los contrahentes que hayan recibido la declaración sin reconocer un error que cualquier persona diligente hubiese advertido.

En cuanto a los actos unilaterales, es obvio que, salvo el caso de las declaraciones recepticias, la conocibilidad por "la otra parte" no puede producirse, toda vez que en ese caso no sería posible hablar de "otra parte", ni siquiera forzando la expresión. En efecto, es claro que sería admisible exigir la conocibilidad del receptor de una declaración de voluntad unilateral recepticia, a pesar que dicho sujeto no puede ser considerado "parte" en el acto. En cambio, no podría hacerse la misma exigencia en el caso de una declaración de voluntad unilateral no recepticia en la que no es posible identificar al receptor de la declaración. Entonces, en ese caso bastaría con acreditar una conocibilidad "objetiva" basada en los criterios contenidos en el antes citado artículo 203, además del requisito del carácter esencial del error establecido por la norma que se comenta. De esta manera, el requisito de la conocibilidad del error resulta de aplicación a todos los actos jurídicos unilaterales.

En conclusión, la disposición contenida en el artículo 201 del Código Civil tiene una redacción poco acertada, que no debe conducirnos a interpretar la misma en el sentido que la introducción de la "conocibilidad por la otra parte" restringiría la impugnabilidad por error únicamente a los actos jurídicos bilaterales. Por el contrario, es perfectamente posible integrar la exigencia de ese requisito con las demás disposiciones referidas al error, de lo que resultará la aplicabilidad del requisito de la conocibilidad a todos los Actos Jurídicos sin distinción.

La posesión ilegítima o precaria (*)

Dr. Jorge Avendaño V.

Ex Decano y Catedrático Principal
de Derecho Civil de la PUC.

Art. 906.— *“La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.*

Antecedentes:

C.C. 1936: Art. 832

Proyecto Com. Ref.: Art. 946

Proyecto Com. Rev.: Art. 898

1. POSESION LEGITIMA E ILEGITIMA

El Código Civil de 1936 decía que la posesión podía ser de buena y de mala fe. Omitía expresar que la buena y la mala fe sólo pueden darse en la posesión ilegítima. En efecto, la posesión legítima no es de buena ni de mala fe; o, en todo caso, la creencia del poseedor respecto de su presunta ilegitimidad no tiene consecuencia jurídica alguna cuando el poseedor es legítimo.

Habría que considerar entonces la buena y la mala fe como una sub-clasificación de la posesión ilegítima. Así lo ha hecho el Código de 1984. En consecuencia, ahora resulta claro que la buena o mala fe del poseedor —esto es, su desconocimiento o conocimiento de su ilegitimidad— sólo interesan al derecho y producen efectos jurídicos cuando se trata de una posesión ilegítima.

Esto nos lleva a hacer un previo y breve análisis de la posesión legítima e ilegítima, que algunos autores denominan “justa” e “injusta”¹. El análisis será breve porque el tratamiento en detalle del tema se hará a propósito del artículo 911.

Una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contraria al derecho. Sin embargo, el artículo materia de examen alude a la

(*) El Dr. Avendaño está escribiendo un libro sobre los Derechos Reales en el Código Civil de 1984. Como una primicia de THEMIS, publicamos a continuación una primera versión de sus comentarios a los artículos 906 y 911 del Código Civil, referentes a la posesión ilegítima. El primero de ellos se ocupa además de la posesión de buena fe.

(1) Albaladejo, Manuel: Derecho Civil III, Derecho de Bienes. Volumen primero, 1977. Librería Bosch. Barcelona.

validez del título. Así, en su parte final la norma identifica la ilegitimidad de la posesión con la existencia de un vicio que invalida el título del poseedor. Parecería entonces que el poseedor ilegítimo es aquel que tiene un título viciado. Esto nos lleva al análisis de lo que es "título" y de lo que es "vicio".

La palabra título tiene muy diversas acepciones en derecho. Así, título es el instrumento que contiene un determinado derecho. Título es también el acto jurídico en base al cual se invoca una determinada calidad. Título es asimismo la posición jurídica que se invoca, y así se dice "a título de propietario". En este caso el concepto de "título" es el de acto jurídico. El Código supone que el poseedor ha entrado en posesión en mérito a un negocio jurídico, a un contrato, el cual podría ser una compraventa, un arrendamiento o un préstamo. En cualquier caso, hay una relación jurídica entre el enajenante y el adquirente de la posesión.

Ocurre, sin embargo, que este acto jurídico está viciado, es decir, adolece de algún defecto que lo hace inválido. El defecto puede consistir en una causal de nulidad del acto jurídico (art. 219) o en una causal de anulabilidad del mismo (art. 221).

Sin embargo, no está previsto en el Código que la deficiencia se refiera a una falta de legitimidad del transmitente o enajenante. Esto equivale a decir, en definitiva, que el cedente de la posesión (y por consiguiente del título) carece de derecho para transmitirla. De ordinario quien transmite deberá ser el propietario. Pero se admiten casos en que el enajenante sea, por ejemplo, un usufructuario o un arrendatario. En todo caso, si el enajenante carece de derecho, es evidente que el adquirente carece también. El defecto no será de la forma, pero sí de fondo o contenido.

Tenemos entonces que si bien la combinación de la buena fe y el título es tradicional en la posesión de buena fe, tanto el Código alemán, como el Código italiano han reaccionado contra esta tendencia y han puesto el acento en la ausencia de derecho, dejando de lado el aspecto formal del título. Así, el art. 932 del Código alemán dice que el adquirente no tendrá buena fe cuando sepa que la cosa no pertenece al que enajena; y el art. 1147 del Código italiano considera como poseedor de buena fe al que posee ignorando que lesiona el derecho de otro.

Estimamos que una correcta interpretación del artículo bajo comentario, nos conduce a admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no sólo el vicio formal que podría invalidar el título del adqui-

riente, sino también su falta de derecho a la posesión.

2. BUENA Y MALA FE DEL POSEEDOR

Estando pues en presencia de un poseedor ilegítimo, interesa establecer si tiene buena o mala fe. Lo primero supone la ignorancia o desconocimiento de su ilegitimidad. Lo segundo implica, por el contrario, el conocimiento pleno y cabal de su posesión injusta. La buena fe es, en consecuencia, una creencia equivocada. El poseedor se considera legítimo. Estima que tiene derecho a la posesión que ejerce. Ignora, por consiguiente, que su posesión es ilegítima. Esto puede darse tanto en un propietario-poseedor como en un poseedor no propietario. En el primer caso, imaginemos por ejemplo el caso de un comprador que contrata con un "non domino", situación ésta que ignora. En el segundo caso, pensemos en el arrendatario que alquila también de un no propietario.

Se ha discutido en doctrina si la buena fe en la posesión tiene una naturaleza ética o psicológica². Creemos que en el Código Civil peruano la buena fe tiene un sustento psicológico porque ella se basa en la creencia equivocada del poseedor. No hay una actitud moral, sino tan sólo la representación mental equivocada de una determinada situación de hecho. No hay que confundir, sin embargo, la buena fe con el *animus domini* que ya hemos examinado anteriormente. Mientras que la buena fe es una creencia equivocada, el *animus domini* es una intención, un acto volitivo del poseedor, consistente en no reconocer a otra persona como propietario del bien. El *animus domini* es una actitud, un comportamiento, a pesar de la plena conciencia que el poseedor pueda tener respecto de su verdadera condición. Se puede ser poseedor como dueño sin tener buena fe (porque uno es un problema de intención y el otro de creencia); y también es posible ser poseedor de buena fe sin serlo como dueño. Este último caso sería el de un arrendatario que es ilegítimo pero con desconocimiento de ello.

Se discute si la creencia equivocada del poseedor de buena fe ha de ser sólo inicial o si, por el contrario, debe subsistir durante todo el tiempo de su posesión. Si fuese lo primero, la buena fe quedaría marcada o sellada al inicio, de suerte que si el poseedor tuviese después conocimiento de su ilegitimidad, este hecho no surtiría efectos: la buena fe ya estaría constituida desde el comienzo de la posesión. Nuestro Código no hace referencia expresa a este punto. Creemos sin embargo que la creencia equivocada del poseedor debe subsistir durante todo el plazo posesorio y que si por algún motivo el poseedor llegase a tener conoci-

2 Véase a este respecto: Hernández Gil, Antonio: La Posesión. Editorial Civitas, Madrid, 1980.

miento o conciencia de su ilegitimidad, su buena fe cesaría. Esta opinión se funda en lo siguiente:

- a) En lo dispuesto en el art. 907, según el cual la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente, lo cual significa que si surgiesen circunstancias que persuadan al poseedor de su ilegitimidad, su buena fe habrá concluido; y
- b) En el texto mismo del art. 906, el cual no exige que la buena fe esté presente sólo al momento de la adquisición de la posesión, como hacen otros Códigos, como por ejemplo el español.

Su suscita un problema con respecto a la buena fe en la posesión de las personas jurídicas. Cuando el poseedor es una persona jurídica, es preciso determinar quién ha de tener la creencia equivocada. El criterio a seguir se basa en la representación y administración de la persona jurídica y en particular en la forma como haya actuado el representante de la persona jurídica en el acto de adquisición de la posesión. Estimamos que la buena fe de la persona jurídica llega a identificarse con la buena fe de su representante.

3. LA IGNORANCIA Y EL ERROR

El Código Civil de 1936 se refería únicamente al error, que es la disconformidad entre la realidad y la representación mental que se hace de ella. El Código no mencionaba la ignorancia que es la ausencia total de representación mental. Es el desconocimiento de una determinada realidad. En una interpretación amplia del concepto de error, podría comprenderse también la ignorancia. Sin embargo, con el fin de evitar dudas, el Código de 1984 ha incluido expresamente la ignorancia.

¿Cualquier clase de error es justificatorio de la buena fe? Creemos que debe tratarse de un error excusable, es decir, que tenga una determinada justificación. Hay que rechazar, por consiguiente, el error inexcusable, imperdonable; el error atribuible a la negligencia o imprudencia del poseedor. Es desde luego tarea de los jueces analizar cada caso en particular, pero podría señalarse como error inexcusable aquel en que ha incurrido el poseedor que pudo y debió conocer la situación de hecho o de derecho en que se desenvuelve su posesión.

Se plantea el problema del estado de duda. ¿Tiene buena fe el poseedor que duda sobre su legitimidad? Quien duda no está seguro de algo. Este estado, sin embargo, no es asimilable a la ignorancia o al error. Sólo éstos justifican la buena fe. Se sostiene

que en la medida en que el poseedor vacile y se interroge acerca de su derecho, ha perdido la pureza de la buena fe. La buena fe es, en términos metafóricos, como una ceguera que cesa ante el más leve rayo de luz³.

4. LA IGNORANCIA Y EL ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Parecería por la redacción del Código que solamente el error puede ser de hecho o de derecho. Creemos sin embargo que esta interpretación no es correcta. También la ignorancia puede ser de hecho o de derecho.

La ignorancia y el error de hecho se presentan cuando el poseedor desconoce o está equivocado respecto de determinados elementos fácticos que rodean su posesión. Así, por ejemplo, el poseedor puede ignorar o desconocer que el verdadero titular de la posesión ha fallecido, o que el lote de terreno que está comprando corresponde en realidad a una manzana distinta. Se trata entonces de un error en los hechos. Pero el poseedor puede también desconocer o estar equivocado respecto del derecho. Así ocurre cuando ignora las normas legales existentes o cuando cree que ellas regulan de manera distinta la situación que se presenta. Esto último ocurre, por ejemplo, cuando el poseedor se considera legítimo titular porque cree equivocadamente que la ley lo llama a heredar cuando legalmente el heredero es otro. Hay en este caso error en cuanto a lo dispuesto por el derecho.

El Código Civil de 1936 fue precursor en cuanto al error de derecho. Aún hoy, los Códigos generalmente no amparan la ignorancia y el error de derecho como causales eximentes y, por tanto, como justificatorios de la buena fe. Al contrario, la ley se presume siempre conocida y por esto el adagio dice que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Sin embargo en este caso excepcional la ignorancia y el error de derecho son eximentes. Nos parece justificada esta disposición en un país como el nuestro de escasa, o en todo caso deficiente, información jurídica.

Art. 991.— *“La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fallecido”.*

Antecedentes:

C.C. 1936:

Proyecto Com. Ref.:

Proyecto Com. Rev.:

5. INTRODUCCION AL TEMA

Esta norma no tiene antecedente en el Código Civil de 1936. Hay sin embargo una mención muy es-

³ Hernández Gil, Antonio: obra citada.

cueta a la posesión precaria en el Código de Procedimientos Civiles (Art. 970, segunda parte). Allí se establece que hay acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión. Esta disposición ha dado lugar a numerosos juicios de desahucio por ocupación precaria. En ellos, el demandante debe acreditar que el demandado está poseyendo sin título, esto es sin contrato de alquiler extendido en su favor, y además que no paga pensión. El poseedor precario es un invasor, es un detentador ilegítimo de la posesión que en rigor corresponde a otro. Frecuentemente lo que ocurre es que el arrendatario ha entregado la posesión del inmueble a un tercero, el cual no tiene relación jurídica con el propietario del bien. Es muy probable que pague merced conductiva, pero como los recibos correspondientes están extendidos a nombre del arrendatario, el poseedor precario no tiene forma de acreditar que en efecto paga la renta.

A la luz del Código de Procedimientos Civiles, la posesión precaria ha venido siendo entonces una posesión ilegítima, sin título, sin contrato.

El Código Civil actual tiene esta única referencia a la posesión precaria en el artículo materia de estos comentarios. En el resto del articulado relativo a la posesión, hay también una mención a la posesión ilegítima (que, como veremos más adelante, es en realidad una posesión precaria) en el art. 906 al definir al poseedor de buena fe.

6. EL CONCEPTO DE POSEEDOR PRECARIO

En el derecho romano, se entendía por "precarium" un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente.

Se trataba entonces de la cesión temporal de una cosa, de modo que el poseedor precario quedaba obligado a la devolución con la primera reclamación del concedente. La doctrina moderna dice que todo el que posee sin derecho está expuesto a que le reclame la posesión aquella persona a quien legítimamente le corresponde, la cual, en su momento, obtendrá el correspondiente fallo judicial que obligue a la restitución. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria, es decir, transitoria y expuesta a concluir en el momento que el concedente lo decida. La posesión precaria es entonces la que se concede a otro con reserva del derecho de revocarla a voluntad.

En este orden de ideas, la posesión precaria parecería ser la posesión inmediata. Lo que ocurre es que en aquellos sistemas posesionarios inspirados por la doctrina de Savigny, el tenedor o detentador no

es verdadero poseedor porque carece de animus domini. Es la persona a quien se ha dado temporalmente una cosa para que la use y eventualmente disfrute, pero que debe devolverla al primer requerimiento del poseedor legítimo. La precariedad está constituida, en consecuencia, por dos elementos: en primer término, la transitoriedad; en segundo lugar la ilegitimidad en cuanto que no es verdadera posesión y además, en cuanto que la tenencia depende de la voluntad del poseedor legítimo.

El concepto de poseedor precario no tiene cabida sin embargo en los regímenes posesorios inspirados por Ihering. En efecto, el poseedor inmediato, a pesar de su temporalidad y aún cuando reconoce un propietario, es verdadero poseedor porque ejerce de hecho poderes inherentes a la propiedad. No hay entonces precariedad sino posesión legítima.

El Código en el artículo bajo comentario se refiere evidentemente a la posesión ilegítima. No alude a la posesión temporal del inmediato porque en este último caso hay un título en virtud del cual se ejerce de hecho algún poder inherente a la propiedad, mientras que en el art. 911 hay referencia expresa a la falta de título o en todo caso a su extinción. Ocurre, sin embargo, que el Código ha utilizado una categoría inaplicable a su propio sistema posesorio. Por esto el Código de 1936 —seguido también de Ihering— no hizo mención alguna a la posesión precaria. Y por esto sí la hizo el Código de Procedimientos, expedido en momento en que, al amparo del Código Civil de 1852, el concepto posesorio vigente era el de Savigny.

Si el propósito fue introducir una norma definitoria de la posesión ilegítima, ello pudo hacerse en la terminología adecuada y en el lugar acertado, que sin duda habría sido inmediatamente antes del art. 906.

7. LA POSESION ILEGITIMA

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, es necesario preguntarse si el concepto de posesión ilegítima coincide plenamente con lo dispuesto en el art. 911. Poseedor ilegítimo es quien no tiene derecho a poseer. Contrariamente, poseedor legítimo es el que tiene derecho a poseer. Dicho en otras palabras, la posesión es legítima cuando se ajusta a derecho.

Para establecer adecuadamente los alcances del artículo bajo comentario, me permitiré hacer una breve referencia al art. 2355 del Código Civil argentino, que define la posesión ilegítima cuando se tiene sin título, o por un título nulo, o cuando haya sido adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

La palabra título está empleada en términos del acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, es decir, la causa de la posesión. Por tanto, la posesión es ilegítima cuando falta el título, cuando hay ausencia del acto jurídico que da lugar a la posesión legítima. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el poseedor ejercita su derecho como consecuencia de una usurpación o despojo: no ha habido acto jurídico alguno. Se equipara a este caso el del título nulo. Se sabe que los actos jurídicos pueden ser nulos o anulables. Los primeros son inexistentes, mientras que los segundos tienen vigencia hasta que judicialmente se los declare inválidos. El Código argentino se refiere al acto jurídico nulo y no menciona el anulable porque éste tiene valor mientras no se lo declare nulo. Se refiere también el Código argentino al caso en que la posesión haya sido adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales. Digamos que se trata de la posesión de un mueble registrado y no ha mediado la formalidad legal exigida. El acto adquisitivo de la posesión es insuficiente, carece de un elemento esencial.

Puede ocurrir también que habiendo un título perfectamente válido, dicho título haya sido extendido u otorgado por persona carente de derecho. Sería el caso de un contrato de arrendamiento extendido por un no propietario. A pesar de la existencia del título válido (el contrato de arrendamiento), el arrendatario sería un poseedor ilegítimo porque estaría derivando su derecho de una persona carente de facultad para otorgarlo. Si tiene buena o mala fe el poseedor, es problema distinto. Lo importante es que su posesión sería ilegítima.

Es evidente que en el artículo 911 no se han previsto todas las posibilidades de ilegitimidad consignadas en el numeral 2355 del Código Civil argentino. El Código Civil peruano se refiere tan sólo a la falta de título y a la extinción del mismo. Dentro del primer concepto (falta de título) puede comprenderse no sólo la ausencia total del mismo sino también la existencia de un título nulo. Se trata evidentemente de casos que dan origen a una posesión ilegítima. Dentro del segundo extremo (extinción del título), habría que considerar el supuesto de un arrendatario

cuyo contrato ha vencido y sin embargo se mantiene en la posesión del bien. Sería un poseedor ilegítimo porque su título ha fenecido. Se ha omitido, sin embargo, toda referencia a la cuestión de fondo, esto es, a la adquisición hecha de quien no tenía derecho a enajenar. El Código se ha centrado exclusivamente en el aspecto del título, omitiendo la indicación de la falta de derecho. Se puede ser poseedor ilegítimo, a pesar de contar con un título válido, si la posesión se ha adquirido de quien no tenía derecho.

8. TEMAS ADICIONALES

Es preciso preguntar si la legitimidad se presume. En presencia de un poseedor, ¿debemos suponer o asumir que es un poseedor legítimo? Las presunciones establecidas en favor del poseedor están en los arts. 912 al 915 y en ninguna de ellas se establece la de legitimidad. Sin embargo, el art. 912 dice que el poseedor es reputado propietario, lo cual significa que todo poseedor debe ser considerado propietario del bien mientras no se pruebe lo contrario. La prueba en contrario es del todo posible cuando se trata de la posesión de inmuebles, pero virtualmente imposible cuando se trata de la posesión de muebles no identificables. Por esto la presunción de legitimidad opera de modo más contundente y definitivo tratándose de los bienes muebles no registrados. A ello debe agregarse lo dispuesto en el art. 948, según el cual el adquiriente de buena fe y como propietario de la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio aunque el enajenante carezca de facultad para transmitirlo.

Estimo, en consecuencia, que el art. 912 permite presumir la legitimidad del poseedor. La legitimidad resultará de la presunción de propiedad. No hay presunción de legitimidad propiamente dicha, pero en todo caso ella es consecuencia de la presunción de propiedad.

Otra interrogante es si el art. 911 tenía justificación. En mi opinión la respuesta es negativa. Ya hemos visto que la norma es incompleta para los efectos de definir la posesión ilegítima o precaria. Pero aunque ella fuese completa, no tiene sentido definir en la ley la posesión ilegítima. La doctrina y el sentido común se encargan de precisar que ella ocurre cada vez que no se conforma con el derecho.



PETROLEO PARA EL DESARROLLO DEL PERU

**OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU
SUCURSAL DEL PERU**

La Tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables

Beatriz Boza Dibós

Alumna del 7o. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC, y miembro del Comité de Redacción de THEMIS

El artículo 947 del Código Civil de 1984 establece novedosamente en la legislación peruana que la tradición transfiere el dominio de los bienes muebles, salvo disposición legal diferente. Esta salvedad debe entenderse referida a cierto tipo de bienes de fácil identificación que están anotados en un Registro Público en el que se indica quién es su propietario, de tal suerte que para su transmisión requieren de un hecho distinto: la inscripción¹. Es el caso de los bienes muebles registrados, tales como las acciones, los vehículos, las armas, determinada maquinaria, etc.

Así pues, la regla general es que los bienes no registrables (también denominados "bienes no identificables") se transfieren por tradición².

A su turno el artículo 901 del mismo cuerpo de leyes explica en qué consiste la tradición, señalando que "se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece".

Es importante destacar que el principio inspirador de esta novedosa reglamentación enseña que en materia de bienes no-registrables "la posesión vale título". De allí pues, que este tipo de bienes se transfieran por tradición, mientras que los bienes identificables ameriten inscripción. En perfecta armonía con lo expuesto, el artículo 912 estatuye que "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".

En síntesis, la entrega (ya sea material o ficta) de un bien no registrable convierte al adquirente en propietario, sin necesidad de inscripción ni de otro requisito adicional. Esto se justifica, toda vez que los terceros mediante la publicidad generada por la entrega podrán percatarse del cambio de titular.

Ahora bien, el artículo 1136 ubicado en el Libro de Obligaciones legisla el caso de concurrencia de

¹ Así Avendaño Valdez, Jorge: "Transferencia de la Propiedad Mueble en el nuevo Código Civil", en THEMIS, Revista de Derecho, segunda época, año 1, No. 2, pág. 6.

² Röthlisberger, Andreas señala en su obra "Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen", Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1982, que todos los Códigos latinoamericanos definen las cosas muebles como aquellos bienes cuya transferencia de propiedad se efectúa sin ningún tipo de registro.

acreedores estableciendo un orden de prelación, según el cual se preferirá al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiese hecho tradición del bien, en defecto suyo, al acreedor de título que conste de documentos de fecha cierta más antigua, y por último al acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

La lectura del precepto induce a pensar que se trata de un error del legislador, ya que si de conformidad con lo dispuesto por el artículo 947 el acreedor que recepciona el bien adquiere propiedad, a razón de qué debería ser preferido si él ya es propietario. Por otro lado, habría una aparente contradicción entre los artículos 1136 y 947 ya que el primero exige tradición más buena fe mientras que el segundo sólo tradición.

Es más, según lo prescrito por el artículo 1136 sólo se requiere buena fe en la hipótesis de haberse efectuado la tradición, más no en los demás casos allí contemplados. Dicho en otros términos, si el acreedor cuyo título consta de documento de fecha cierta se hubiese coludido con el deudor para perjudicar a un acreedor cuyo título careciese de certeza acerca de su antigüedad, la redacción del artículo induciría a pensar que el Derecho ampararía a ese acreedor malicioso. Esta interpretación no parece equitativa; ¿qué fundamento habría para limitar la exigencia de la buena fe al primer caso?. Por otro lado ¿de haber querido el legislador consagrar la necesidad de la buena fe para la transmisión de los bienes muebles, por qué no lo estableció expresamente al sancionar el artículo 947?

Con el objeto de evitar estas contradicciones e interpretaciones absurdas analizaremos sucintamente en qué consiste la transferencia de propiedad mueble para concluir en esa medida con una interpretación armónica de los preceptos en cuestión.

1. Sistemas de transferencia de propiedad

Como es sabido, la exigencia de la tradición, de la buena fe o de ambos elementos en conjunto no es una invención del legislador peruano sino que responde a la naturaleza misma de los derechos reales, especialmente a su máximo exponente: la propiedad.

Se han dado diversas definiciones acerca del concepto "derecho real" cuyo listado y análisis escapa al tema en estudio, sin embargo podríamos resu-

mir las distintas versiones doctrinarias entendiendo por derecho real la relación jurídica inmediata y directa entre una persona y un bien determinado susceptible de hacerse valer contra todos³. Esta eficacia hacia el exterior constituye la característica esencial del derecho real, que se denomina carácter absoluto, en virtud del cual todos los miembros de la comunidad deben respetar la relación jurídica creada. De allí que algunos tratadistas consideren que el derecho real impone una obligación general de abstención⁴ con sujeto pasivo universal⁵, partiendo "de la idea que el hombre no tiene derecho sobre las cosas, sino frente a los demás hombres, y que el titular del llamado derecho real, para lo único que está facultado es para exigir de todos los individuos sometidos a la regla de Derecho (...) una abstención"⁶.

Dado que el derecho real impone a la colectividad la obligación de respetar a su titular, "es necesario no sólo que se acomode a lo que la colectividad entiende por derecho real, (...y...) que (...) haya algo que lo exteriorice o proclame"⁷, sino que además, su transferencia no debe vulnerar los derechos de terceros. En efecto, la transmisión de un derecho real no sólo atañe a las partes (enajenante y adquirente) sino que afecta también a la colectividad, que en adelante tendrá que respetar al nuevo titular. El Derecho, en consecuencia, debe supervigilar y regular las modificaciones en la titularidad de los derechos reales en aras de garantizar su absolutividad tutelando en esa medida los intereses de la sociedad.

Es así, que el legislador dependiendo del rol que le atribuya a la voluntad particular y las exigencias que le imponga a los terceros, se verá en la disyuntiva de "optar por tutelar los intereses de la colectividad, especialmente aquellos de la economía crediticia, amparando la publicitación de la transferencia de dominio por medio de la tradición, o por proteger los intereses del individuo"⁸ exigiendo buena fe en el adquirente. El legislador deberá pues decidir entre reconocer a la voluntad particular un campo restringido de acción, imponiendo a los terceros la obligación de tomar noticias a través de actos publicitarios, o admitir la omnipotencia del consentimiento exigiendo en tutela de los terceros la máxima buena fe, especialmente del adquirente. El punto que debe ser esclarecido, es, si la propiedad se transfiere únicamente como consecuencia de un contrato obligacional, o si requiere además de la tradición.⁹

3 En igual sentido Cossío Corral, Alfonso de: "Instituciones de Derecho Civil", Alianza Editorial, Madrid 1975, pág. 498.

4 Martínez—Radío, Antonio de la Esperanza: "La tradición en la transmisión de los derechos reales", en Revista de Derecho Español y Americano, Madrid, Oct.-Dic. 1964, No. 2, pág. 43.

5 Cossío, op. cit., pág. 497 y siguiente.

6 Cossío, op. cit., pág. 497 y siguientes.

7 Martínez—Radío, op. cit., pág. 43.

8 Schmid Hansjakob: "Das Traditionsprinzip im neuerem schweizerischem Sachenrecht", Tesis doctoral, Universidad de Zurich Siegfried & Co., Zurich 1945, pág. 11 y siguiente.

9 Caemmerer, Ernst von: "Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübertragung", en *Rebels-Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1938/39, pág. 676.

a) Sistema publicista

Algunos ordenamientos jurídicos consideran que el consentimiento sólo es capaz de vincular a dos sujetos dando lugar a una obligación en virtud de la cual uno de ellos (llamados acreedor) puede exigir del otro (denominado deudor) la ejecución de una prestación; es decir que la voluntad particular es todopoderosa para generar consecuencias jurídicas relativas o de efectos inter partes, más no absolutas oponibles a terceros.

En este orden de ideas la transferencia de dominio, que por naturaleza también atañe a la colectividad¹⁰, supondrá además del consentimiento un elemento externo, perceptible y material que publicite¹¹ la nueva titularidad del dominio¹², que facilite noticia a cualquier interesado de forma suficiente acerca de la existencia o inexistencia del derecho¹³.

De allí que estas legislaciones inspiradas en el sistema alemán exijan como hecho externo reconocible para los terceros, la tradición, toda vez que en materia de bienes no registrables la posesión "en cuanto supone una situación perfectamente perceptible para cualquiera, es en principio suficiente para asegurar esa publicidad"¹⁴. Es importante aclarar que la posesión como estado, y no el simple acto de entrega, que muchas veces permanece oculto a la colectividad, es quien cumple esta función publicitaria inherente a todo derecho real.

Veamos pues, como el legislador opta por proteger los intereses de la colectividad pudiendo incurrir en injusticia frente a las partes¹⁵. El carácter absoluto de los derechos reales obliga a que el ordenamiento

jurídico limite la autonomía de la voluntad determinando por un lado, el contenido de los derechos reales, y por otro, los requisitos que deben concurrir para su transferencia¹⁶.

La autonomía de la voluntad es restringida, toda vez que los efectos jurídicos no se generan en el momento determinado por las partes sino en el momento de la tradición¹⁷.

b) Sistema consensualista

Otras legislaciones de corte liberal inspiradas en las enseñanzas de la doctrina francesa atribuyen a la voluntad particular un ámbito de poder ilimitado. Consideran que el consentimiento es onnipotente, capaz no sólo de obligar a los sujetos sino de generar consecuencias jurídicas oponibles también a los terceros, como por ejemplo: transferir el dominio.

A fin de tutelar los intereses de la colectividad estos ordenamientos de inspiración napoleónica exigen que el adquirente tenga buena fe, esto es, que ignore la existencia de una obligación de entrega anterior¹⁸, y que, en consecuencia, crea que el vendedor es propietario¹⁹.

Como en Derecho francés la sola obligación de dar transfiere el dominio, el segundo comprador no contrata ya con el dueño, de allí que para adquirir propiedad deba desconocer la venta hecha con anterioridad, es decir, deba creer en la propiedad del vendedor. "El requisito de la buena fe resulta de suma importancia, pues se estaría adquiriendo un derecho ajeno, lo cual es posible únicamente si quien adquiere

10 Pautasso, Tomás Humberto: "La tradición en materia inmobiliaria y mobiliaria", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe Argentina 1953, No. 76 y 77, pág. 67 y siguientes.

11 Molinarío, Alberto D. señala en su obra "De las relaciones reales", La Ley, Buenos Aires 1965, pág. 179, como elemento de todo derecho real "la realización de un acto que imparta publicidad, o sea que haga posible el conocimiento en el tiempo y en el espacio la constitución del derecho real".

12 Así Süß, Theodor: "Das Traditionsprinzip. - Ein Atavismus des Sachenrechts", en Festschrift für Martin Wolff, 1952, Mohr, Tübingen, pág. 144.

13 Cossío, op. cit., pág. 565.

14 Cossío, op. cit., pág. 565. A su turno, según Bauer, Marianne: "Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis", en Festschrift für F.W. Bosch, Giesecking Verlag, RFA 1976, pág. 1, la casi totalidad de la doctrina alemana concibe la posesión como el símbolo externo de los derechos reales sobre bienes muebles, asociándole dos funciones esenciales: la de publicitar la transferencia (denominado "Traditionsprinzip") y tutelar la adquisición de buena fe (llamado "Principio de apariencia jurídica"). Así Westermann, Wolf-Raiser, Lent-Schwab, Eicheler, Palandt-Degenhardt, Erman-Westermann, Staudinger-Seufert y numerosa jurisprudencia del máximo tribunal alemán.

15 Howald, Martin: "Der dingliche Vertrag", Tesis doctoral, Universidad de Zurich, Akeret 1946, pág. 87.

16 Howald, op. cit., pág. 49.

17 Howald, op. cit., pág. 50.

18 Avendaño, op. cit., pág. 7.

19 Pescio V., Victorio: "Manual de Derecho Civil", tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1958, pág. 196 y siguientes, desarrolla el concepto de la buena fe. Explica que Pothier definió la buena fe diciendo que es la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio o propiedad de la cosa que posee. Asimismo anota que para De Ruggiero y Maroi la buena fe es la convicción de ejercitar un derecho propio, es decir la ignorancia, al poseer, de perjudicar un derecho ajeno. En tal virtud agrega, la buena fe reposa sobre la base de un error. Por otro lado el referido tratadista afirma que el Código Brasileño parece haberse inspirado en la definición de Planiol y Ripert al establecer que la buena fe es la ignorancia del vicio u obstáculo que se opone a la adquisición. Más adelante, en la pág. 329 Pescio expone la noción consagrada por el Código Chileno en su artículo 706, que dispone, que la buena fe es la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla.

tiene buena fe"²⁰. Podemos, pues, definir la buena fe en este caso como la convicción de ser propietario, a esta creencia "corresponde evidentemente, la ignorancia de que quien transfiere la propiedad no es el verdadero propietario. Vista desde sus dos ángulos, la buena fe consiste, pues, a la vez en una creencia de ser titular del derecho y en una ignorancia de que adquirió mal"²¹.

A lo ya expuesto sumaremos que en esta línea de pensamiento la buena fe debe existir en todo momento y en cualquier hipótesis, ya que sólo así se garantiza la protección del primer adquiriente y de los demás interesados. En tal virtud la buena fe será imperiosa no sólo en el caso de haberse realizado la tradición, sino también en la adquisición por parte del acreedor con documento de fecha cierta.

Por el contrario en un sistema basado en la tradición "el conocimiento que de la primera venta haya tenido el comprador no estorba para reconocer que contrató con el verdadero propietario, y, por consiguiente, no puede tachársele de mala fe en el sentido jurídico de la palabra; la mala fe se funda en el supuesto de que sabía que trataba con un no-propietario. Pudo indudablemente tener noticia de que el vendedor faltaba a otra obligación, pero éstas son exclusivamente personales, y no afectan a terceros, los cuales jurídicamente no están obligados a respetarlas"²².

2. Sistema de transferencia consagrado por el legislador peruano de 1984

Por su parte el artículo 947 del Código Civil de 1984, norma sin precedente en nuestra legislación, estatuye novedosamente que la tradición del bien no-registrable transfiere el dominio. "No queda ninguna duda que la tradición de la cosa es ahora un elemento esencial de la transferencia de la propiedad de los muebles (...), de tal manera que el solo consentimiento no es capaz de producir la enajenación"²³

La discusión doctrinaria acerca de la transferencia de propiedad mueble surgida a raíz del Código de 1936 y tan minuciosamente estudiada y analizada por Zusman ha sido inequívocamente zanjada en el nuevo Código que en su artículo 947 dispone que la transferencia de los bienes no registrables opera por tradición.

Escapa a los alcances de este trabajo enumerar minuciosamente todos los demás casos contemplados por el legislador del '84 en que se evidencia nuestra afirmación; sin embargo cabe remarcar de manera ilustrativa, que el Código de 1984 permite expresamente en su artículo 1409 inciso segundo la venta de bien ajeno —de haber consagrado la transferencia "solo consenso" no habría permitido semejante estipulación"²⁴.

Así pues el legislador peruano optó por la seguridad reconociéndole un ámbito restringido a la voluntad particular y depositando en los terceros interesados su propia protección, es decir imponiéndoles la obligación de informarse acerca de la nueva titularidad del bien.

Como consecuencia de lo expuesto se desprende que la tradición es el elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no-registrables, sin que se requiera buena fe.

Cabe destacar que el hecho de prescindirse de la buena fe del adquirente no significa que el ordenamiento jurídico peruano ampare al acreedor malicioso. Como ya se ha expresado, la mala fe supone saber que se trata con el no-propietario. Dentro del sistema adoptado por el legislador del '84 el conocimiento de la primera venta no perjudica en nada el hecho de estar contratando con el verdadero propietario, toda vez que la transferencia opera únicamente por medio de la tradición²⁵ y mientras el enajenante no haya entregado el bien seguirá siendo propietario y como tal podrá válidamente obligarse e incluso transferir el bien.

20. Zusman de Bigio, Shoschana: "La transferencia de la propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", Tesis PUC, Lima 1975, pág. 78 y siguiente.

21. Zusman, op. cit., pág. 46 y siguiente. Pescio V., op. cit., pág. 198 y siguientes, señala a su turno que "la buena fe no constituye una simple impresión del espíritu sino una convicción o persuasión (...) que es producto de los hechos o circunstancias que rodean la adquisición de la posesión (...). Así, si el poseedor hurtó la cosa (...) sería inadmisibles su pretensión de ser poseedor de buena fe". Invocando la autoridad de Trabucchi agrega que "la buena fe (...) no es un factor puramente psicológico, en el sentido que baste para constituirla la simple ignorancia de que se está lesionando el derecho ajeno; es menester que esa ignorancia no implique negligencia grave (...). El fundamento ético de la protección de la buena fe se revela en esa excusabilidad".

22. Zusman, op. cit., pág. 79 y siguiente.

23. Avendaño, op. cit., pág. 6.

24. Boza Dibós, Beatriz: "La Tradición del bien mueble no identificable: un contrato real", en Revista del Foro, C.A.L., No. 2, 1985.

25. Avendaño, op. cit., pág. 7, observa que "el conocimiento o ignorancia de la enajenación anterior es absolutamente irrelevante porque la compraventa sólo queda perfeccionada por virtud de la entrega o tradición conforme al artículo 947. El convenio anterior ha sido absolutamente ineficaz para la transferencia de la propiedad, de donde resulta irrelevante que se conozca o desconozca la existencia de ese acto jurídico sin efecto alguno en el ámbito de los Derechos Reales".

Si por el contrario la malicia del acreedor no sólo se limita al conocimiento de la venta anterior sino que recepciona el bien con el ánimo de burlar a los acreedores del insolvente, estaremos frente a un caso de fraude en que por aplicación del artículo 195 el acto de disposición quedará sin efecto. Es sólo en el marco restringido de la figura del fraude y siempre que la adquisición fuese a título oneroso, que la buena fe del adquirente desempeñaría un papel determinante; en los demás casos es irrelevante.

Por último es menester aclarar cómo debe entenderse el artículo 1136 ya que su lectura contradice todo lo expuesto anteriormente, evocando una incongruencia²⁶ en relación al artículo 947 "La exigencia de la buena fe del tercero adquirente tiene justificación cuando la transferencia de la propiedad no queda perfeccionada con la entrega sino con el consentimiento. Conforme al nuevo Código esto no es así: la tradición es un elemento esencial y constitutivo. Ella sola basta para transmitir la propiedad, la buena fe del adquirente es entonces intrascendente"²⁷. Es más, de exigirse para la adquisición del dominio de los bienes no-registrables tradición de buena fe ¿a dónde quedaría la prescripción corta? Dicho en otros términos, la adquisición de buena fe por prescripción regulada en el artículo 951 carecería de sentido.

Entonces, respecto del problema que nos ocupa caben las soluciones siguientes —que por cierto, en mayor o menor grado implican en última instancia desaciertos legislativos.

Por un lado, puede sostenerse que se trata realmente de un gazapo de legislador, ya que los artículos 947 y 1136 regulan la transferencia de propiedad mueble imponiendo requisitos y consecuencias distintas. Esta interpretación resulta pragmática pero no aporta elementos nuevos para compatibilizar ambos artículos.

Debemos pues preguntarnos, si la adquisición está siendo derivada de quien sigue siendo propietario, ya que ella opera únicamente mediante la tradi-

ción ¿para qué exige el artículo 1136 buena fe? "Parecería ser que no se está adquiriendo del verdadero propietario (...) Si es que la tradición es el único modo de adquirir la propiedad, la ignorancia de anteriores transferencias es irrelevante"²⁸. Resulta, pues, imperioso entender que el precepto en cuestión legisla la adquisición a "non dominio" o adquisición derivada del no-propietario. Creemos que ésta es la única interpretación posible que salvaría la incongruencia referida; más aún cuando "uno de los efectos de la buena fe es hacer adquirir instantáneamente la propiedad de los bienes muebles" transferidos por quien no es propietario²⁹.

Sin embargo, en esta línea de pensamiento la norma resultaría redundante y por tanto obsoleta, toda vez que el artículo 948 prevee expresamente el caso de la adquisición de los bienes no-registrables de manos del no-propietario. Cabe anotar, empero, que este precepto excluye los bienes robados y perdidos mientras que el artículo 1136 omite hacer tal distinción. Partiendo de la premisa que en un mismo cuerpo de leyes la misma hipótesis no puede estar legislada de manera diferente, y considerando que tanto el artículo 947 como el 1136 regulan la transferencia de propiedad mueble, debemos entender que el último se refiere a los bienes registrables, tales como las acciones, los automóviles, etc.; mientras que el primero hace lo propio respecto de los bienes no-registrables. Siendo los bienes registrables de fácil identificación, su posesión no desempeña la función de título, de tal suerte que no es necesario distinguir entre bienes robados o perdidos y bienes no robados ni perdidos. Siguiendo este orden de ideas, en uno u otro caso, el artículo 1136 no se aplicaría a la adquisición derivada del propietario.

En resumen, sea cual fuere la solución adoptada para zanjar esta inconcordancia, la tradición derivada del propietario en materia de bienes no-registrables transfiere el dominio con absoluta prescindencia de la buena o mala fe del adquirente. Podemos, pues, concluir acertadamente afirmando que en el ordenamiento civil peruano la propiedad no-registrable se transfiere por tradición.

26 Avendaño, op. cit., pág. 7, concluye que "hay pues una falta de concordancia entre los artículos 947 y 1136. El contenido de este último se justificaba plenamente en el Código anterior y, en efecto, la regla estaba incluida en el artículo 1173. Pero la exigencia de la buena fe no tiene justificación a la luz del actual artículo 947 porque la tradición es elemento indispensable y suficiente" para transferir el dominio.

27 Avendaño, op. cit., pág. 7.

28 Zusman, op. cit., pág. 75 y siguientes.

29 Mazeaud, Henri, León y Jean, citados por Zusman, op. cit., pág. 48.

HERNANDO DE SOTO

en colaboración con E. Gherzi y M. Ghibellini

EL OTRO SENDERO



EDITORIAL EL BARRANCO

o

EN VENTA LA TERCERA EDICION.

¿Es el acreedor prendario poseedor?

Alfredo Bullard G.

Alumno del 5o. Ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUC.

Se ha sostenido que el acreedor prendario, en el sistema peruano, es, además de titular del derecho real de garantía, un poseedor del bien prendado. Los argumentos que sustentan esta posición son básicamente tres:

- 1) Exigiendo el artículo 896 del Código Civil ser poseedor, y concediendo el artículo 1069 la facultad de vender el bien prendado al vencimiento del plazo si se produce el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor prendario goza del poder de disposición, lo que configura su situación de poseedor.
- 2) El artículo 1070 señala que el acreedor que pierde involuntariamente el bien, puede ejercer las acciones de defensa posesoria, e incluso la acción reivindicatoria.
- 3) Finalmente, existiendo una relación directa entre el acreedor prendario y el bien prendado, y resultando claro que esta relación de hecho no se deriva ni del derecho de propiedad, ni se trata de un servidor de la posesión por no existir relación de dependencia, la única opción coherente vendría a ser la de considerarlo poseedor. Empecemos analizando este último punto.

Una primera disquisición importante es señalar la existencia de dos situaciones jurídicas distintas generadas con la entrega de la prenda, y que así como ambas pueden coincidir en la persona del acreedor esto podría no suceder. Estas situaciones son:

- a) La facultad de disponer del bien si es que se produce el incumplimiento de la obligación.
- b) El hecho de guardar el bien en su poder.

Si bien lo señalado en el rubro "a" siempre corresponde al acreedor, lo señalado en el rubro "b" podría corresponderle a un tercero.

La facultad de disposición, como se desprende del artículo 1069, es inherente a la calidad de acreedor prendario, pero no sucede lo mismo con el hecho

de guardar el bien. Esto se debe a que el interés del acreedor no radica en realidad en tener el bien, sino en que no sea el propietario el que lo tenga. Por ello en nada afecta al acreedor que lo guarde un tercero, y por lo contrario, si el acreedor guarda el bien será además depositario (Art. 1064).

En conclusión, al hablar de acreedor prendario y de guardador del bien estamos ante dos supuestos distintos, que pudiendo estar reunidos en una sola persona, pueden ser ejercidos por dos personas distintas.

Si hablamos de relación directa entre el acreedor prendario y el bien se pueden entender dos cosas distintas: o nos referimos a la relación derivada del derecho real de garantía, lo que es completamente distinto a la posesión, o nos referimos a su calidad de depositario, que como hemos visto es eventual y distinta a la calidad de acreedor.

Ahora, el que guarde el bien tampoco es poseedor, pues no ejerce de hecho ninguno de los poderes inherentes a la propiedad: ni usa, ni disfruta, ni puede disponer. Distinto es el supuesto de que abusando de la confianza del depositante, el guardador ejerza de hecho alguno de estos poderes, convirtiéndose en un poseedor precario que careciendo de título, lleva a cabo actos posesorios.

Sería el mismo tiempo difícil considerarlo un servidor de la posesión en los términos del artículo 897 que parece en su redacción referirse más a una relación laboral. Sería más claro, aunque nuestro Código no recoge la figura, hablar de tenedor del bien, al igual como podría llamarse tenedor a cualquier otro género de depositario, a un transportista o a un representante.

Con referencia al argumento basado en el artículo 1070 con respecto a las acciones de defensa posesoria concedida al acreedor, resulta difícil pensar que al señalar que "El acreedor que ha perdido involuntariamente la posesión.." el término "posesión" está referido al derecho real, sino más bien en el sentido que tiene en el uso común del idioma, a la relación

directa de guardar el bien.

Además se puede advertir una falta de concordancia entre el artículo 1070 y el artículo 1064, en el sentido de que quien tenga el bien no es necesariamente el acreedor, sino que puede ser un tercero. Esto se puede explicar señalando que lo que se protege con estas acciones concedidas al acreedor (posesorias y reivindicatoria) es antes que la posesión, el derecho de garantía en sí mismo, pues de perder el bien el acreedor podría ver frustradas las posibilidades de satisfacer su crédito ante el incumplimiento del deudor. Además se puede justificar que también se protege del derecho que tiene el propietario a exigir en su oportunidad que se le devuelva la prenda bajo la exigencia de responsabilidad civil y penal. El hecho de que se le concedan las acciones posesorias sin embargo no lo convierte en poseedor, como el hecho de que se le conceda la acción reivindicatoria no lo convierte en propietario. Si realmente la naturaleza de acreedor prendario se identificase con la de poseedor, no habría necesidad de la existencia del artículo 1070, pues estas acciones ya estarían concedidas por los artículos 920 y 921.

Sin embargo, el argumento que aparece como el más convincente sería el que se basa en la facultad de disposición concedida por el artículo 1069: si el acreedor prendario tiene derecho a disponer, y de hecho ejerce este derecho, es un poseedor.

En el supuesto que aceptáramos esta hipótesis tendríamos que admitir que el acreedor recién es poseedor desde el momento de vencimiento del plazo sin que se haya cumplido la obligación, es decir, desde que puede disponer del bien.

Pero cabe preguntarse si esta venta es o no un acto de disposición. La Enciclopedia Jurídica Omeba define los actos de disposición como los que "... provocan una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes seguido o no de una contraprestación". El acto de disposición implica en consecuencia la afectación de la esfera jurídico-patrimonial de quien está disponiendo. Pero la venta llevada a cabo por el acreedor prendario no implica el egreso de bienes de su patrimonio, sino por lo contrario la afectación de una esfera jurídica distinta: la del propietario. Es este último el que dispuso al constituir la garantía, y es él el que sufre una disminución patrimonial a cambio de dos contraprestaciones: la extinción de la deuda y el saldo que quede del precio de venta luego de haberse hecho cobro todos los acreedores. Podría oponerse a esta afirmación el hecho de que un poseedor precario pueda disponer válidamente sin ser titular del derecho de propiedad, es decir, sin que ésta esté dentro de su patrimonio. Esta afirmación no es totalmente cierta. La posesión es la relación jurídico-material entre el bien y el poseedor, es un hecho que en sí mismo ge-

nera derechos como consecuencia de la apariencia o comportamiento como propietario. Estos derechos se encuentran dentro de la esfera jurídica del patrimonio del poseedor. Por los actos de disposición estos derechos se desplazan fuera de su patrimonio afectando su esfera jurídica. Si de este acto se generan derechos de propiedad (muebles), éste se desprende de la buena fe del adquirente, no se desprende del patrimonio del que "dispone". Cuando el acreedor prendario hace cobro de su crédito del producto de la venta del bien, él no está disponiendo de los derechos que tiene sobre el bien prendado, los está ejerciendo. A diferencia del poseedor que vende comportándose como propietario, el acreedor lo hace como acreedor prendario. Si se comporta de manera distinta sin que el propietario le haya dado estas facultades, abusando de la confianza se convierte en poseedor precario, pero deriva esta condición de su actuar, no de su naturaleza de titular de un derecho de garantía.

Su facultad de vender nace, como es obvio, de lo que expresamente señala el artículo 1069. Pero debemos ver qué institución está recogida en esta norma que justifique esta venta de cosa ajena.

El acreedor está facultado para celebrar un acto jurídico, que como vimos, afecta una esfera distinta a la suya. Su actuar encuadra en la figura contemplada por el artículo 145: al vender el acreedor está actuando como representante, y siendo que su facultad se deriva de la ley, estamos ante un representante legal, con un poder especial para vender el bien, cobrar su crédito y devolver el saldo del valor de venta al propietario. Esta facultad, como señala el artículo 1069, sólo corresponde al acreedor y no a un tercero, pues en él está la decisión de ejecutar la prenda e incluso condonar la deuda. Sin embargo, una vez tomada la decisión, podría a su vez nombrar un representante, pero cuyo poder se derive del suyo. En este sentido, el 1069 al hablar de la venta en la forma pactada no se estaría refiriendo a la persona del vendedor.

Los fines prácticos que se derivan de la calidad de representante legal que le atribuimos al acreedor prendario son claros: establecer las relaciones contractuales y quiénes son partes en el contrato de compraventa del bien prendado, determinar los límites de facultades del acreedor y su responsabilidad en la venta extrajudicial de la prenda, (siendo importante señalar en este punto que a pesar de tratarse de un caso de representación legal la ley deja un campo de acción a la voluntad para la mejor determinación de sus facultades), y finalmente para determinar que salvo que el propietario le conceda algún título para poseer distinto a los derechos que se derivan del derecho de prenda (el uso del bien por ejemplo), la posesión de hecho que pueda ejercer el acreedor prendario o el guardador del bien será precaria e ilegítima, y salvo error de hecho o de derecho, de mala fe.

Venta de los bienes prendados *

Fernando Cantuarias S.

Alumno del 5to. Ciclo de la
Facultad de Derecho de la PUC.

El Código Civil establece entre los diversos derechos reconocidos al acreedor prendario, la facultad que, al incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, éste pueda proceder a la realización de la prenda y con el producto, cobrarse la integridad del capital e intereses adeudados.

Empero, la forma de proceder a la liquidación de los bienes prendados en conformidad con las disposiciones del Código Civil de 1984, ha sufrido una gran transformación con respecto a su antecedente del C.C. derogado, por lo que es importante, en primer lugar, tratar de dilucidar la razón que impulsó a los legisladores a optar por un sistema completamente diferente al que rigió hasta noviembre de 1984.

En segundo término, entraremos al estudio del Art. 1069 del C.C. vigente, analizando las formas de liquidación de la prenda que la ley permite, sus fundamentos, procedimientos y crítica al sistema, para finalizar con la revisión de dos temas que se vinculan directamente con dicho artículo, como son, el caso del depositario de la prenda que se niega a devolverla al acreedor prendario y el de la venta de la prenda en el supuesto que existan prendas sucesivas.

1. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 1069 DEL CODIGO CIVIL DE 1984

El artículo 996 del C.C. derogado prescribía "vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede pedir la venta judicial de la prenda". Es decir, el acreedor pignoraticio tenía obligatoriamente que seguir un largo procedimiento de pago de soles, el cual podía llegar hasta la Instancia Suprema, y luego, en ejecución de sentencia, debía cumplir con todos los trámites necesarios para la venta judicial, es decir, la tasación por peritos de los bienes prendados, publicaciones del remate, venta por martillero público, etc. Todo ello implicaba no sólo una grave pérdida de tiempo, sino que se podía llegar al absurdo, que el acreedor tenía que desembolsar, durante la secuela del juicio, sumas superiores al valor de su crédito.

Remitiéndonos a la legislación nacional, podemos advertir que el Código de Comercio de 1902 en los artículos 317 y 318 establece un mecanismo de venta de la prenda mercantil mucho más expeditivo que el recogido por el Código Civil de 1936; en primer lugar puede venderse la prenda en la forma pac-

(*) Dedicado a la Memoria del Dr. Elmer Núñez Abanto, Maestro y Amigo.

tada por las partes, en segundo término a falta de pacto y si los bienes son cotizables en bolsa, el acreedor previa autorización del juez, procede a la venta a través de un corredor de Bolsa, y por último, si no son cotizables, la venta la hará el Juez en remate.

Otro antecedente lo encontramos en la Ley de Bancos No. 7159 promulgada en el año 1931. En su artículo 170 permite a las instituciones financieras comprendidas dentro de su ámbito, la posibilidad de vender los bienes prendados mediante la sola intervención judicial para la notificación y transcurridos siete días de ésta, poder proceder a la venta, en la forma establecida en dicha Ley, sin sujetarse a las normas de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles.

Por último, revisando la legislación comparada, encontramos que entre los Códigos que obligan la intervención del Juez para proceder a la venta del bien prendado están el C.C. francés, art. 2078, el C.C. italiano, art. 2797, el C.C. argentino, art. 753; en cambio, los Códigos que permiten la venta de la prenda con intervención del Poder Judicial únicamente para intimar al deudor son el C.C. alemán, art. 1228, el C. de C. francés, art. 93, el C. de C. italiano, artículos 363 y 458, entre otros.

Todas estas consideraciones debieron ser analizadas en las reuniones de las Comisiones Reformadora y Revisora del Código Civil de 1936, a fin de tomar posición entre dos sistemas: O bien defender la postura del Código derogado (amparando al deudor mediante un trámite poco expeditivo y por lo general injusto para el acreedor que veía retardada la satisfacción de su crédito), o por el contrario, plasmar un sistema (ya recogido por la legislación nacional y parte de la extranjera) que llevase a una rápida realización de los bienes con la consiguiente economía en el gasto y tiempo a favor del acreedor y facilitando con ello el tráfico de los bienes.

Los artículos 1109 y 1060, proyectos de las comisiones Reformadora y Revisora del C.C. 36, respectivamente, se agrupan en favor de la segunda solución, como una tajante reacción al pretérito sistema. El art. 1069 del C.C. vigente recoge el proyecto de la Comisión Revisora, el cual tenía como única diferencia con el proyecto de la Reformadora la última parte del artículo, por cuanto, mientras ésta ordenaba se ordinarice la causa en el supuesto que el deudor se opusiere a la venta, sustentándose en prueba instrumental, aquella ordenaba seguir la causa por las reglas del juicio de menor cuantía; tal y como quedó incorporado en la disposición vigente.

2. ANALISIS DEL ARTICULO 1069 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE: (de la venta de la prenda)

a) En la forma pactada al constituirse la obligación.

La primera parte del artículo en examen, faculta al deudor y al acreedor prendario, a establecer la forma de venta del bien prendado en la eventualidad que el deudor incumpliese con el pago de la obligación garantizada por la prenda, pero este pacto deberá acordarse al momento de constituirse la obligación prendaria. Se entiende que dicho pacto no podrá estipular la posibilidad de que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor pueda hacerse pago apropiándose de la prenda, por cuanto el art. 1066 del C.C. sanciona con nulidad dicho pacto (llamado desde el Derecho Romano Pacto Comisorio); está claro que la nulidad será del pacto y no del contrato de prenda, el cual no perderá su eficacia.

Ahora bien, si partimos de la premisa que ordinariamente el deudor prendario se encuentra en estado de necesidad (por algo requiere del préstamo, por ej.), el acreedor que se halla en situación de supremacía frente al deudor, podría obligar a éste a que pactara con él una forma de venta que fuera verdaderamente lesiva a sus intereses (como condición esencial para el otorgamiento del préstamo), sin embargo, no encontramos justificación para que una vez que el deudor haya recibido la prestación del acreedor, las partes no puedan fijar las normas aplicables a la venta del bien. Como dice el tratadista César Vivante:

"Verdaderamente es en el momento del contrato cuando el deudor puede sufrir las presiones del acreedor y perder en los apremios de la necesidad su libertad de contratar. Una vez que el deudor ha obtenido el préstamo, no hay ya posibilidad de presiones morales por parte del acreedor; después del préstamo, el deudor ha pasado a ser el más fuerte."¹

Si nos remitimos a la legislación comparada, advertimos que los artículos 2797 del C.C. italiano y 1245 del B.G.B. alemán, permiten a las partes establecer en cualquier momento la forma de proceder a la realización de la prenda. Más aún, el art. 3223 del C.C. argentino permite a las partes convenir en que la prenda pertenecerá al acreedor por el valor que ella tenga al momento del vencimiento de la deuda².

Dado que la segunda parte del Art. 1069 del C.C. establece que a falta de pacto el acreedor podrá satisfacer su acreencia vía venta extrajudicial de la prenda, lo cual podría resultar peligroso para el deu-

1 Bolaffio-Rocco-Vivante: "Derecho Comercial". Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1952, T. XV, p. 258.

2 "En el D. Argentino el deudor puede sin embargo, convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato. Los autores justifican esta convención diciendo que la misma no tiene los peligros del pacto comisorio, y el deudor es muy dueño de vender la prenda al mismo acreedor en cualquier tiempo". En, Puig Pena, Federico "Tratado de Derecho Civil Español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, T. III, Vol. II, p. 429.

dor; permitirse el posterior acuerdo a la constitución de la obligación podría ser en general más equitativo para ambas partes.

En resumen, las partes pueden pactar al momento de constituirse la obligación, la forma de venta de la prenda; pero se debió considerar en primer lugar, que es en ese momento cuando el deudor se encuentra en estado de necesidad, y por lo tanto vulnerable a las presiones del prestamista, lo que lo podría llevar a aceptar pactos lesivos a sus intereses; y, en segundo lugar, que no existe justificación para que las partes no puedan pactar la forma de venta posteriormente a la constitución de la obligación, lo cual es más beneficioso para la parte débil del contrato, máxime si se tiene en consideración que a falta de pacto se procederá a la venta extrajudicial de los bienes prendados.

b) Venta Extrajudicial (segunda parte del Art. 1069 C.C.).— El extremo en estudio establece que a falta de pacto, se procederá a la venta de la prenda por el acreedor, señalando un procedimiento que será el tema de este acápite.

En primer lugar, la ley establece el requisito de notificación judicial previa a la venta, pero no indica quiénes deben ser notificados; es decir, ¿será necesario notificar únicamente al deudor, al constituyente de la prenda (es decir, al tercero ajeno a la obligación, pero que garantiza la deuda del obligado con un bien de su propiedad), o a ambos? Para contestar esta interrogante nos remitimos al eminente tratadista César Vivante que señala:

“Si el pignorante es persona distinta del deudor, la intimación y la advertencia deberá hacerse a ambos, aunque la ley no lo diga expresamente. Al pignorante, porque no es lícito disponer de la cosa de otro sin que el propietario lo sepa, y para que pueda él, rescatándola a tiempo, evitar una pérdida; al deudor, para que amenazado como está con la venta, pueda evitar con el pago el daño de ella”³.

Notificado el deudor, tendrá el derecho de oponerse dentro de los ocho días, a la venta, siempre y cuando su solicitud se apoye en prueba instrumental, en cuyo caso se seguirá la causa por las reglas del juicio de Menor Cuantía (Art. 935 y ss. del C.P.C.).

La prueba instrumental a la que hace mención el Código, es sinónimo de prueba documental, tal como lo acota el tratadista Guillermo Cabanellas: “La que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito”⁴.

Es decir, que el deudor podrá oponerse siempre y cuando acompañe con la misma algún documento (principio de prueba escrita); que sea pre-existente al proceso, por ej. un recibo; en este caso la causa se regirá por las normas del juicio de Menor Cuantía, por cuanto será necesario merituar los documentos presentados con la oposición; si por ej. se trata de un documento privado habrá que reconocerlo.

Por último: ¿Debió establecerse, como lo estipula el Art. 318 del C. de C., que en caso que los bienes prendados sean contizables en bolsa, y no habiendo pacto, la venta de la prenda se realizará por intermedio del corredor de bolsa? Si bien el artículo 318 del Código de Comercio no ha sido derogado por el artículo 2112 del C.C., los contratos de compra-venta, mutuo, permuta, depósito y fianza de naturaleza mercantil han sido incorporados a las normas del Código Civil, por tanto, si se prendare bienes en garantía de obligaciones de naturaleza mercantil, este contrato y la forma de venta de los bienes prendados, se sujetarán a las normas del Código Civil y no a las del Código de Comercio. Presumimos que la norma no consideró necesario esta estipulación en razón de la existencia de la norma relacionada con la negociación de valores cotizados en Bolsa, la que, de conformidad con el artículo 9 del Decreto Legislativo 211, establece que solamente puede realizarse dicha venta con la intermediación de Agentes y en Rueda de Bolsa, lo que elimina la posibilidad de venta directa de tales efectos.

13 TEMAS AFINES AL ARTICULO 1069 DEL C.C

a) ¿Qué sucede si el depositario se niega a entregar el bien al acreedor prendario que busca ejercer su derecho de venta ante el incumplimiento del deudor? El Art. 1064 establece que el acreedor o el tercero que recibe la prenda tiene la calidad de depositario, por lo que será necesario remitirse a las normas del contrato de depósito para establecer sus obligaciones y responsabilidades.

El Art. 1814 estipula que por el depósito el depositante se obliga, entre otras, a devolver el bien (la prenda), en el momento en que el depositante (el acreedor prendario), se lo solicite. Concordándolo con los Arts. 1830 y 1847, el depositario que se negare a devolver el bien sin justa causa responderá por los daños y perjuicios irrogados.

Pero el C.C. no establece ningún procedimiento a favor del acreedor a fin de tomar posesión del bien, con el fin de proceder a la venta; sólo sanciona al depositario con el pago de daños y perjuicios (lo que implica de por sí un procedimiento judicial ordina-

3. Bolaffio-Rocco-Vivante, Op. cit., p. 266.

4. Cabanellas, Guillermo “Diccionario de Derecho Usual”. Edición Heriasta S.R.L. Bs. As., pp. 425-427.

rio). El Art. 1621 del derogado C.C. establecía que si el depositario se negaba a entregar el bien, no sólo estaba obligado al pago de daños y perjuicios, sino que además era condenado a devolver la cosa, remitiendo de esa forma el art. 240 del Código Penal (Apropiaciones Ilícitas)⁵.

La Ejecutoría Suprema del 12/11/76 estableció respecto a este tema que "El delito de apropiación ilícita se consuma en el momento en que la persona que tiene una cosa en depósito u otro título que produzca obligación de entregarlo no cumple con la devolución cuando resulta exigible dicha entrega y se le requiere para el efecto"⁶.

Si bien el Art. 1847 del vigente C.C. guarda silencio en este extremo, se entiende que el acreedor prendario podrá denunciar penalmente al deudor que se niegue a entregarle el bien prendado. Pero: ¿Ante el vacío del C.C. podríamos encontrar alguna norma en el C.P.C. que subsane esta omisión? El código procesal no contiene norma expresa, sin embargo, el Art. 621 contempla el caso del embargo en forma de depósito, indicando en el Art. 627 que el depositario de bienes muebles embargados, además de las obligaciones impuestas por el C.P.C. está sujeto a las normas que el C.C. impone a los depositarios y termina con el Art. 644 que ordena al depositario a entregar los bienes embargados al día siguiente de notificado bajo apercibimiento de detención. ¿Podríamos aplicar esta figura al caso del depositario de la prenda, evitando así el proceso penal? Ambas figuras tienden a cautelar el derecho del acreedor a fin de que el deudor no distraiga sus bienes, si bien pueden tener diferencias de fondo, nos topamos con una dificultad que nos obliga a desechar esta posibilidad y mayor explicación; por cuanto el artículo 184 del C.P.C. establece que el apremio de detención se impondrá sólo en los casos expresamente indicados en la ley. Por tanto llegamos a concluir que el acreedor tendrá que acudir a la vía penal para cautelar sus derechos.

b) Venta del bien prendado en caso de existir prendas sucesivas.— Imaginemos la posibilidad de que un bien haya sido gravado con prenda en garantía de dos obligaciones a favor de persona distinta (Art. 1060), A prenda en favor de B una joya que vale I/. 10,000 en garantía de una obligación ascendente a US/. 6,500 con vencimiento al 01.01.90; posteriormente, A vuelve a prender el mismo bien a favor de C para garantizar un préstamo de I/. 2,000, el cual vence el 01.01.87. Vencido el plazo A no cumple con devolver el préstamo a C, ante esta situación, C se apersona ante el Juez solicitando se notifique al deudor

ordenándole que pague bajo apercibimiento que el acreedor proceda a la venta del bien. Enterado B, se apersona ante el Juez y señala que él es acreedor preferente (Art. 1060) y que por tanto tiene derecho a que le sea pagada la totalidad del capital e intereses, antes que se cobre C. Se le indica que como su crédito no ha vencido todavía, se consignará el dinero a su nombre en el juzgado y con la diferencia se hará cobro C.

Pero ¿Cómo establecer cuál será la totalidad de la acreencia hasta el 01.01.90? ¿Cómo saber cuál será el interés que primará hasta el vencimiento de la obligación? ¿Qué pasa si el Dólar se dispara? Se podría hacer un estimado del total de la obligación, pero nunca establecer con certeza la totalidad de la acreencia a la cual tiene derecho a cobrar en forma preferente B.

El Art. 1069 sólo establece las normas a seguirse en el caso de quien quiera hacer uso del derecho, sea el primer acreedor, pero guarda silencio para la posibilidad que existan prendas sucesivas y quien quiera vender no sea el primer acreedor sino uno posterior. Consideramos que en esta hipótesis el primer acreedor podrá al amparo del artículo 181 inciso 3 del C.C. dar por vencidos los plazos y exigir el cumplimiento de la obligación, cobrando en consecuencia en forma preferente las sumas debidas, por cuanto si no tuviera dicho derecho, habría perdido el bien que garantizaba su acreencia, recibiendo a cambio una cantidad de dinero (depositada ante el Juzgado) que posiblemente no cubriría ni la mitad de los intereses a que tuviera derecho y en cambio un acreedor posterior podría cobrar la totalidad de su acreencia, como si fuera preferente.

Por otro lado: ¿Podría considerarse lícito el pacto por el cual el acreedor preferencial impone al deudor la prohibición de constituir prendas posteriores sobre el mismo bien cuando las obligaciones que éste garantice vencieren en forma anterior a la suya y con ello evitar una posibilidad similar a la tratada en los párrafos anteriores?

Si bien parecería factible dicho pacto, el Art. 882 del C.C. contempla que salvo que la ley lo permita, no se puede establecer contractualmente la prohibición de gravar un bien. Consideramos que esta norma de carácter imperativo, llevaría a considerar nulo dicho pacto. Además, el acreedor prendario goza del derecho de persecución y de cobro preferente de su crédito, por lo que no tendría mayor implicancia el hecho que el deudor gravara el bien con prendas

5. El artículo 240 del Código Penal establece: "El que en provecho propio o de un tercero se apropiare indebidamente de una cosa mueble, una suma de dinero o un valor que se le hubiese dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver, será reprimido con prisión no mayor de seis años ni menor de un mes..".

6. Citado en: Espino Pérez, Julio "Código Penal" Ed. Importadora Sevillano, Lima-Perú, 1982. p. 311.

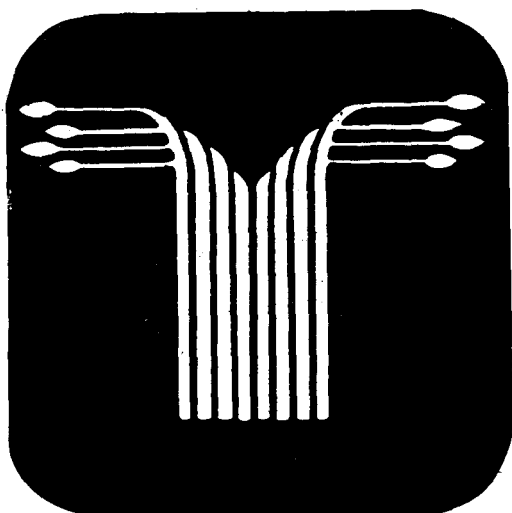
posteriores y, por último, esta norma tutela la capacidad de crédito del deudor, la cual podría verse vulnerada si se concediera al acreedor el derecho a oponerse a la constitución de prendas sucesivas.

IV. CONCLUSIONES.

1. La necesidad de establecer un sistema más expeditivo para la venta de la prenda civil, dejando de lado la opción consignada por el C.C. derogado, que con sus múltiples inconvenientes no hacía sino demorar el derecho del acreedor de hacerse pago mediante la venta del bien, ha llevado al Legislador del C.C. de 1984 a optar por un sistema mucho más expeditivo que garantice de esa manera el verdadero rol que juega la garantía prendaria en la contratación.
- b). La exigencia que las partes tengan que pactar la forma de venta de la prenda al constituirse la obligación, no tiene justificación por considerar que es en ese momento cuando el deudor puede aceptar condiciones lesivas a sus intereses y, por otro lado, el pacto posterior establecido en igualdad de posibilidades, podría ser más beneficioso para ambas partes que el hecho que a falta de acuerdo el acreedor prendario procesa por sí y ante sí a vender la prenda por la vía extrajudicial.
- c) Si bien el Art. 1069 del C.C. no establece una dis-

posición similar al del Art. 318 del C. de C., por la cual a falta de pacto y si los bienes son cotizables en Bolsa se deberá proceder a la venta por corredor, esto no debe entenderse como un vacío por la existencia del artículo 9 del Decreto Legislativo 211 que establece la obligatoriedad de la venta en rueda de Bolsa a través de agente corredor de todos los valores que se encuentran cotizados.

- d) Para la eventualidad que el depositario de un bien prendado se negare a entregarlo al acreedor, éste si bien podrá iniciar acción de daños y perjuicios, tendrá que recurrir a la vía penal para obligar a la devolución del bien ante el vacío de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles.
- e). Por último, el Código Civil debió regular la forma de proceder a la venta del bien prendado cuando existieren prendas sucesivas, estableciendo el procedimiento y los derechos que tendría el acreedor preferente para salvaguardar sus intereses ante la posibilidad de que el titular de una prenda posterior la realizare. Sin embargo, el titular de primera prenda podría, acogiéndose a lo dispuesto por el inc. 3 del Art. 181 del C.C., dar por vencidos los plazos, y cobrarse el íntegro de su crédito en forma preferente.



Trener

Las hipotecas ocultas

Víctor Carlos Schwartzmann Larco

Alumno del 5o. Ciclo de la Facultad de
Derecho de la PUC.

PRESENTACION DEL PROBLEMA

Los artículos 1118 y 1119, que contienen las disposiciones relativas a las hipotecas legales, están inspirados en los artículos 1026 y 1027 del Código Civil de 1936.

La figura de la hipoteca legal consiste en la existencia del gravamen sobre un bien inmueble sin que sea necesario el consentimiento del propietario de dicho bien, bastando con que se cumpla en la realidad cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 1118 y en otras leyes especiales.

Durante la vigencia del Código anterior, a las hipotecas legales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 1026 se les denominaba también hipotecas ocultas, ya que no requerían inscripción expresa en el registro para su validez, debiendo inscribirse únicamente los contratos de los cuales éstas emanaban.

El fin que se persigue con el presente trabajo consiste en determinar si con el régimen establecido en el Código Civil de 1984, ha desaparecido la figura de la hipoteca oculta o si ésta se mantiene. A efectos de encontrar solución a este problema será útil enfocarlo desde la perspectiva de los dife-

rentes métodos de interpretación, pero siempre desde un criterio estrictamente tecnicista.

ANALISIS

El artículo 1119 establece que "Las hipotecas legales (...) se constituyen de pleno derecho", lo que es, en realidad, la esencia misma de esta institución, ya que no requiere del consentimiento del propietario del bien (se trata de una excepción al principio contenido en el inciso 1 del artículo 1099 sobre los requisitos de la hipoteca).

Acto seguido, el artículo introduce una modificación al artículo 1027 del Código del '36 al establecer que las hipotecas legales "se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan". Debemos determinar los alcances reales de esta disposición para poder solucionar el problema planteado líneas arriba.

En efecto, podría llegar a parecer que esta modificación al texto del artículo 1027 del código derogado determina la desaparición de las hipotecas ocultas. El artículo derogado decía que estas hipotecas legales no requerían para su validez de inscripción expresa en el registro; bastaba la ins-

cripción de los contratos de los cuales emanaban. Comparando ambas normas, queda claro que con el nuevo sistema se establece que el registrador, en el supuesto de que se inscriba un contrato en el cual aparezca cualquiera de los tres supuestos contenidos en el artículo 1118, tendrá la obligación de inscribir "de oficio" y "bajo su responsabilidad" las hipotecas legales que emanen de dichos contratos.

Sin embargo, el problema no queda resuelto; debemos determinar cuáles serían las consecuencias en el supuesto de que el registrador incumpliere la obligación a su cargo introducida por el Código vigente.

La primera consecuencia obvia es la responsabilidad en que incurre el registrador, en lo que no me detengo por no ser materia del presente trabajo.

Una segunda consecuencia, ésta sí fundamental para la solución de nuestro problema, se refiere a la validez o no de estas hipotecas frente a terceros. Si concluimos que no tendrán validez en los casos en que no estén debidamente inscritas, estaremos ante la desaparición de las hipotecas ocultas. Es evidente que ésta fue la intención del legislador al introducir la modificación al texto derogado; sin embargo, de la redacción final del artículo bajo comentario se desprende que no se

logró alcanzar el objetivo buscado.

En efecto, si nos detenemos en el segundo párrafo del artículo 1119, veremos que en los demás casos de hipotecas legales, es decir, en aquéllos establecidos en otras leyes, el derecho del acreedor surge de la inscripción en el registro. Argumentando a contrario, en los casos previstos en el artículo 1118, el derecho del acreedor no surge de la inscripción de la hipoteca legal sino de la inscripción del contrato del cual ésta emana, ya sea de compraventa, contrato de obra o división y participación.

En consecuencia, el incumplimiento de la obligación impuesta al registrador en la primera parte del artículo 1119 no acarrea la invalidez de la hipoteca, con lo que se mantiene la existencia de las hipotecas ocultas.

CONCLUSION

En mi opinión, el error del legislador fue introducir la modificación manteniendo el resto del artículo tal como estaba redactado en el Código derogado. La solución, si lo que se busca es eliminar las hipotecas ocultas, será establecer legislativamente que en todos los supuestos de hipotecas legales, el derecho del acreedor surge de la inscripción del gravamen en el registro, modificando, para tal efecto, la primera parte del segundo párrafo del artículo 1119.

(*) Lo dispuesto para las hipotecas legales rige también para las prendas legales respecto de bienes muebles susceptibles de inscripción, en virtud del artículo 1065 del Código Civil.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Manuel Alayza, Nelly de Amado, José Amado Galván, Javier Arias Stella, José Arispe, Francisco Avendaño, César Campos Rodríguez, Timmy Cardich de Chappuis, Vera Czichowsky, Manuel de la Puente de Lavalle, Lily S. de Rivero, Fernando de Trazegnies, Guillermo Gómes Giulfo, Werner Haeberle, Armando Lazarte, Rosa de López-Ameri, Rogelio Llerena, Dante Nieri, Arturo Macheri, Michelle Montauban, Juan de Dios Olachea, Alfonso Orbegozo, Fernando Orbegozo, Luis José Orbegozo, Gabriel Ortiz de Zevallos, Roberto Palacios, Sonia de Perea, Vitto Rodríguez, Jacques Saint-George, Carola Sansibiero, Filiberto Tarazona, Martín Tayro, Jaime Thorne León, José Tola Pasquel, Francisco Tudela, Alberto Varillas, Francisco Velasco Gallo, Milagros Villacorta, Marco Zileri, Amelia Echeverría de Caycho.

