

THĒMIS

Revista de Derecho



Mario Alzamora Valdez

Entrevista a Luis E. Roy Freyre

Humberto Medrano • Dieter Blumenwitz

Diego García Sayán • Enrique Elías Laroza

Pedro Flores Polo • Guillermo Lohmann

Rafael Picasso • Juan Monroy

Manuel Aguirre Roca

THĒMIS Revista de Derecho

Publicación Trimestral editada por los alumnos de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Comité Directivo: Beatriz Boza Dibós, Allan Hennings Mariani, Mariana Negri Mendiola, Antonio Pinilla Cisneros. *Comité Consultivo:* Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostojá López Alfaro. *Comité de Redacción:* Alfredo Bullard G., Fernando Cantuarias S., Inés Elías D., Nicolás Lerner M., Milagros Muñoz B., César Parodi M., María Teresa Quiñones A., Juan José Ruda N. *Diagramación e impresión:* publiART.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula: Teodoro Núñez Ureta
“Preparando el fallo”

Dirección: Av. Universitaria Cdra. 18 – San Miguel
Facultad de Derecho – Apartado 1761 – Lima 100

THEMIS

Revista de Derecho

INDICE

3

Presentación

5

Entrevista a Luis E. Roy Freyre

II

Mario Alzamora Valdez
El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino

13

Manuel Aguirre Roca
Las "sentencias" del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica

21

Humberto Medrano Cornejo
Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas

33

Pedro Flores Polo
De los actos de comercio a la noción jurídica de empresa en la realidad peruana

40

Rafael Picasso Salinas
Una introducción a la Bolsa de Valores

43

Jorge Delgado Calisto
Los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil

49

ACTUALIDAD: TERRORISMO
Dieter Blumenwitz
La prohibición universal del uso de la fuerza y la lucha contra el terrorismo internacional

58

Enrique Elías Laroza
Conceptos jurídicos sobre la acción terrorista frente a un estado democrático y sobre la calificación del terrorismo como delito común

63

Diego García-Sayán
La paz es posible

67

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
Guillermo Lohmann Luca de Tena
Ensayo sobre el error en los testamentos

73

Eduardo Benavides Torres
La aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro país: riesgos y posibilidades

76

Alfredo Bullard González
La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble

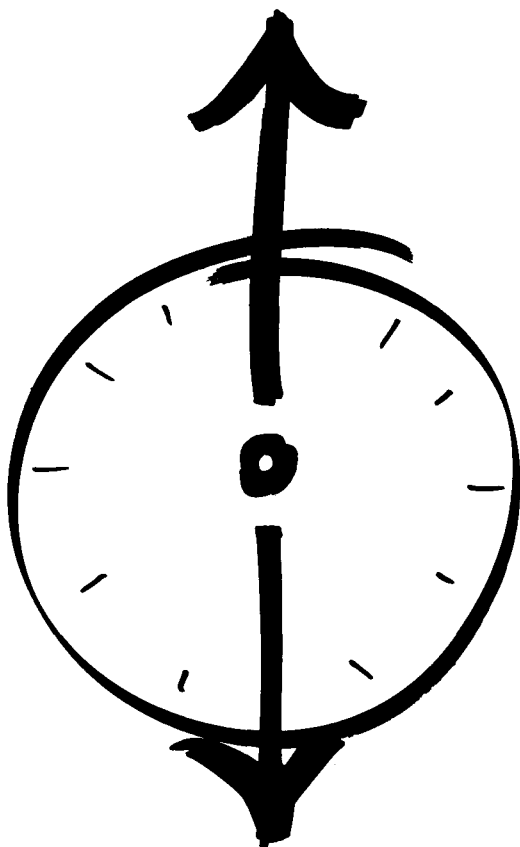
81

JURISPRUDENCIA COMENTADA
Transacción extrajudicial y procedencia del recurso de nulidad contra el auto confirmatorio que deniega la ejecución

85

RESEÑA DE TESIS
Fundamentos doctrinarios de la extradición / El carácter social del contrato en el Código Civil de 1984 / El contrato de locación de obra frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo / El contrato de participación / El subcontrato.

Tener el mejor horario bancario no nos basta.

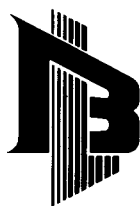


También le ofrecemos el mejor servicio bancario.

Ninguna de nuestras oficinas cierra al mediodía. Todas atienden corrido hasta las 6 de la tarde. Y todas, también, abren los sábados.

Pero, no nos basta ofrecerle el mejor horario. Siempre estamos trabajando para ofrecerle los mejores servicios: Sucursales, Agencias y Cajeros Automáticos de Lima y Provincias interconectadas electrónicamente para que usted realice cualquier operación en forma simultánea, al instante, sin consulta y sin costo alguno.

Venga al Banco Latino. Todo es más rápido. Todo es más eficiente y rentable. Todo es cordialmente latino.



Banco Latino

Donde usted exige.

**Corrido
todas las agencias**
Lunes a Viernes
9:15 am. a 6 pm.
Sábados
9:30 am. a 12:30 pm.

Presentación

Al presentar nuestra sección “Actualidad” afirmamos que el Derecho solo tiene vigencia en tanto se relacione con la realidad y que sólo se renueva en la medida que se discutan y analicen sus principios desde diversos puntos de vista. Con estas palabras no quisimos hacer otra cosa que ser consecuentes con nuestra responsabilidad como estudiantes de Derecho de procurar que el sistema jurídico esté al servicio del progreso social. Somos conscientes que la dación de una norma no basta para solucionar algunos graves problemas que aquejan nuestra sociedad, pero es el primer paso. Resulta a todas luces claro que si en algún problema se refleja la inoperancia de la norma para cambiar la realidad es en el caso del terrorismo. Es por ello, que hacemos públicas en este número diversas aproximaciones a este fenómeno, ya que sólo en la medida que aunemos esfuerzos conseguiremos la paz. Así la sección de “Actualidad” y la entrevista al doctor Roy Freyre están destinadas a profundizar en el estudio de este complejo tema.

Incluimos, además, artículos de connotados hombres de leyes y destacados estudiantes. Como es ya usual continuamos con nuestras secciones “Comentarios al Código Civil”, “Jurisprudencia Comentada” y “Reseña de Tesis”.

Haciendo eco del pedido de nuestros lectores hemos querido asumir un compromiso mayor con el futuro, ofreciendo a partir de este número suscripciones a la revista. De esta manera queremos facilitar el acceso de un mayor número de profesionales y estudiantes a los más recientes trabajos de investigación en el campo del Derecho. La decisión de llevar adelante esta idea no ha sido fácil, pues supone no solamente el compromiso de los actuales miembros de *Thémis* sino, más bien, un voto de confianza en las generaciones futuras, quienes no dudamos sabrán cumplir con creces el encargo.

Junio de 1987

El Comité Directivo

EL MEJOR PROYECTO

¡ LA EDUCACION DE NUESTROS HIJOS!



POR ESO EN TOQUEPALA, CUAJONE E ILO
TENEMOS

15

CENTROS EDUCATIVOS
CON EL MATERIAL
DIDACTICO MAS
AVANZADO, ESTAN AL
SERVICIO DE LA
EDUCACION DE LOS
TRABAJADORES

400

PROFESIONALES DE
LA EDUCACION
ALTAMENTE
CALIFICADOS,
SON LA MEJOR
GARANTIA DE UN
TRABAJO PEDAGOGICO
EFICAZ

8,000

ALUMNOS DESDE INICIAL
HASTA EL QUINTO AÑO
DE SECUNDARIA,
EMPIEZAN SUS CLASES
LIBRES DE TODO COSTO
PARA SUS PADRES, EN UNA
JORNADA MAS PARA EL
DESARROLLO DEL PERU

Es un aporte concreto de **SOUTHERN PERU** al desarrollo nacional

Entrevista a Luis E. Roy Freyre

Luis E. Roy Freyre, Doctor en Derecho, es uno de los penalistas con mayor renombre en el país; es egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos donde ha ejercido la docencia como Catedrático principal de Derecho Penal durante más de veinticinco años. En 1965 formó parte de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Actualmente es catedrático principal de la Universidad Particular San Martín de Porres.

Así mismo, fue autor del Decreto Legislativo No. 046, que constituyó la primera Ley Antiterrorista dada en nuestro país, Ley que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, figuras tan controvertidas como el delito de apología del terrorismo y asociación ilícita para el terrorismo. Este Decreto, recientemente derogado, constituye la fuente principal de la hoy vigente Ley 24651.

Cuando Thémis decidió abordar en este número el tema del terrorismo, no tuvo ninguna duda que la voz más autorizada al respecto era la del Dr. Roy Freyre, quien gentilmente, a pesar de sus recargadas labores como profesional del Derecho y maestro universitario, accedió a responder a nuestras interrogantes. . .

Thémis: ¿Cree Ud. que el sistema jurídico constituye un instrumento eficaz para combatir la violencia terrorista?

Roy Freyre: Claro que sí. Estoy convencido que la ley penal sustentada en una determinada realidad social, que cuenta con un objeto preciso y que ha sido elaborada respetando los principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico, representa un instrumento de control social con potencia suficiente para luchar con buen éxito contra la subversión terrorista y lograr de manera inmediata la seguridad pública y mediatamente la paz social que tanto necesita el Perú en su hora actual. Pero, quisiera agregar, que no basta la vigencia de la ley. Se necesita también, además de la validez de la ley, o sea de su prestigio por los méritos jurídicos, que la hace respetable ante la ciudadanía, que existan jueces preparados moral e intelectualmente para cumplir con sus graves funciones. Esto último que he dicho es muy importante para lograr el derecho que todo hombre tiene a vivir.

Thémis: ¿Qué mecanismos legales propondría Ud. para luchar contra el terrorismo, trátase de prevención o sanción del delito?

Roy Freyre: En la lucha contra el terrorismo pueden adoptarse medidas legales que permitan operar tanto de manera preventiva como represiva. Así por ejemplo, considero que tipificar como hechos delictivos la incitación al terrorismo, la apología del terrorismo y la asociación ilícita para el terrorismo son precisamente figuras penales que permiten a la sociedad actuar preventivamente ante este fenómeno. Otras disposiciones legales tienen un carácter marca-

damente represivo o concreto, como es el caso de aquellos artículos que tipifican el delito de terrorismo, que sancionan su financiamiento y resultados praeter intencionales; tales como lesiones o daños graves a la salud, muerte de la persona, daño grave a una propiedad privada o pública. Estas vendrían a ser ya disposiciones de carácter represivo.

Si nosotros tratamos de precisar cuáles son las causas del terrorismo, es decir, ya no nos preocupamos solamente por las disposiciones legales, sino por los aspectos criminológicos, causantes y explicativos del delito de terrorismo, tendremos que llegar a la conclusión de que no basta la ley para luchar contra el terrorismo. En este sentido, por ejemplo, no puede pasar desapercibido que la miseria de las clases populares constituye un factor que —aunado a una propaganda ideológica— puede llevar a determinados sectores de la población a la comisión de actos de terrorismo. Sería conveniente también adoptar medidas de carácter económico que solucionen problemas graves, como los de vivienda, alimentación, salud y mayores fuentes de trabajo. No es un hecho casual que precisamente el terrorismo haya surgido en Ayacucho, uno de los departamentos más pobres del Perú. Pero a esta situación de pobreza se unió una circunstancia muy especial: el hecho de que en Ayacucho comenzara a funcionar una Universidad, la Universidad de Huamanga, en donde empezaron a difundirse determinadas ideas políticas. ¿Qué nos quiere hacer notar esto? Que para que se produzca este fenómeno de violencia no basta solamente una situación económica de pobreza, sino también, en cierta forma, una propaganda ideológica que haga realmente que esa persona que vive en circunstancias miserables pueda reaccionar buscando una salida, una solución a su propio problema.

Thémis: ¿Cómo diferenciaría Ud. la agresión terrorista de la insurrección guerrillera, y cómo calificaría usted dentro de estos parámetros a los movimientos subversivos que existen en el Perú?

Roy Freyre: Entre una y otra existen marcadas diferencias, aún cuando la agresión terrorista pretende pasar por un movimiento guerrillero. Tenemos así que, mientras el guerrillero es un hombre convencido de que su actuación obedece a un ideal político, que aspira con fe a la captura del poder gubernamental por medio de las armas, que pertenece a una organización jerárquica paramilitar, que viste uniforme, que ostenta las armas y que en el combate respeta las leyes de la guerra; parece, en cambio, que el terrorista es todo lo contrario, desde que ha perdido la fe en llegar al poder político por medio de las armas. Su propósito es desestabilizar a la sociedad y a su gobierno a cualquier precio; llevado por su afán nihilista y su extremismo vesánico, ni siquiera repara si sus acciones favorecen un contra ataque de las fuerzas de la derecha o propician un asalto al poder de tipo comunista—soviético. Yo estoy convencido que la subversión que actualmente existe en el Perú no es guerrillera, sino terrorista. No discuto que algunos terroristas de hoy fueran ayer hombres de buena voluntad, pero su falta de fe en lograr el acceso al poder político respetando elementales derechos humanos los ha llevado a utilizar métodos propios de una delincuencia perversa. El terrorista no cuenta con la simpatía popular que acompaña al guerrillero. Fueron guerrilleros, y al mencionarlos quiero honrar sus memorias, Luis de la Puente Uceda, Guillermo Lobatón, Juan Chang Navarro y Javier Heraud, quienes ofrendaron sus vidas al servicio de una causa política a todas luces respetable.

Thémis: ¿Cómo definiría Ud. el delito de terrorismo, como una ilicitud penal común o como un delito político—social? ¿Qué implicancias traería consigo la definición del terrorismo como delito común?

Roy Freyre: Bueno, veo que hay varias preguntas. Para mí el delito de terrorismo, siguiendo el criterio adoptado por nuestra Constitución Política, es un delito común; en los diversos Congresos realizados para la prevención y represión del terrorismo ha sido invariable esta tendencia. Si el terrorismo es un delito común, pues, entonces, son improcedentes el asilo diplomático y el asilo territorial. Esto significa que la extradición —como contrafigura del asilo territorial— sí sería procedente. El terrorista es extraditable, no así el delincuente político—social. En mi concepto, no basta que el individuo actúe con una idea política para ser considerado, por este solo hecho, como un delincuente político—social. Así, por ejemplo, el sujeto que únicamente acciona movido por su afán de desestabilizar a los Poderes del Estado a través del terror, sin propósito de construcción y progreso sociales, no es un delincuente político—social que tenga derecho a las consideraciones penales y penitenciarias que merece el delincuente evolutivo.

Thémis: Si bien la jurisdicción ordinaria es una garantía de la administración de justicia, ¿cree Ud. que la creación de Tribunales Especiales corregiría las deficiencias del Poder Judicial? ¿Sería inconstitucional, a su parecer, la creación de estos Tribunales?

Roy Freyre: No estoy de acuerdo con la creación de Tribunales Especiales, con mayor razón si se quieren establecer para juzgar los casos de terrorismo. Su creación significaría que en el Perú se estaría reconociendo que existen unos jueces más inteligentes, más valientes o más diligentes que otros, o que —por algún incentivo económico o de progreso en la carrera judicial— están dispuestos a exponer imprudentemente su vida o la de sus familiares.

No estoy de acuerdo con Tribunales Especiales porque aquí no hay jueces peritos en terrorismo para investigar, interrogar ni sancionar con más valentía que otros los casos que realmente merezcan sanción. De acuerdo con este criterio, también tendríamos que crear Tribunales Especiales para juzgar a los narcotraficante y, después, Tribunales Especiales para juzgar a los contrabandistas.

Con la creación de Tribunales Especiales aparecerían ciertos jueces ofreciéndose como “voluntarios” para juzgar solamente determinados delitos, movidos por la compensación económica del riesgo que se supone correrán. Si así se procediera, creo que se estaría perdiendo, desde antes del juzgamiento, la respetabilidad que debe inspirar el procesado, todo órgano administrador de Justicia. Cuanto más impersonal sea un juez en el conocimiento de una causa, tanto más garantizada estará su seguridad y los fines de la Justicia.

Thémis: Las actuales tendencias del Derecho Penal, llámese Derecho Penal Liberal, señalan que la tipificación de los delitos debe hacerse conforme a criterios objetivos. A su modo de ver, ¿cuál es la justificación para conservar en el Art. 288—A de la Ley No. 24651 el criterio subjetivo para la tipificación del delito de terrorismo?

Roy Freyre: Bueno, un tipo penal no solamente contiene la descripción de elementos objetivos. Sin violar los principios del Derecho Penal Liberal resulta que muchos artículos existentes en nuestro Código Penal contienen referencias a estados anímicos del autor o a elementos subjetivos del tipo en orden a lo injusto. En mi concepto, el art. 288—a en mención, que viene a ser una reproducción del artículo 1ro. del derogado Decreto Legislativo No. 046 —del que fui autor— no tipifica el delito del terrorismo con un criterio subjetivo. Cosa distinta es que en su texto se contenga un elemento subjetivo representado por la fórmula “el que con **propósito** de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror”, etc. Es este elemento subjetivo el que precisamente permite caracterizar el delito de terrorismo frente a cualquier otro

análogo en el que se utilicen los mismos medios, o que sea capaz de crear los mismos peligros. Ese elemento subjetivo es precisamente lo que caracteriza el delito de terrorismo frente a un acto, por ejemplo, de homicidio. Inclusive en la discutida figura de la apología del terrorismo; vemos que, para que se constituya el delito, no basta el elogio de un libro que trata del terrorismo o —vamos a llamarla así— de la ideología del terrorismo. Se configura el delito si se hace elogio de una de estas dos cosas muy concretas: de un acto de terrorismo ya cometido o de una persona condenada ya, definitivamente, por un acto terrorista. Me parece que en esta figura tan difícil no puede haber, de manera alguna, elementos subjetivos. Al contrario, los elementos son objetivos.

Thémis: ¿Cree usted que la existencia de un elemento subjetivo en la calificación del delito de terrorismo ha sido la responsable de la deficiente aplicación del D. Leg. 046 por parte del Poder Judicial?

Roy Freyre: Si bien es cierto que el Poder Judicial no ha aplicado efectivamente el derogado D.L. 046 no fue porque en el texto de su artículo 1ro. se hubiese incluido “el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra ...”. La verdad que permite explicar por qué no se aplicó este Decreto Legislativo está en el hecho de que éste fue satanizado por los parlamentarios y periódicos de izquierda. Y, en consecuencia, se le hizo perder validez a un instrumento legal para la lucha contra el terrorismo. Frente a este desprestigio las cárceles se poblaron de terroristas, pero los magistrados no aplicaron la ley para acelerar esos procesos, fenómeno que en cierta forma produjo lo que nosotros ya sabemos que aconteció en los penales los días 18 y 19 de junio de 1986. Fue debido a ese desprestigio realmente que no se aplicó, pero no porque el articulado ofreciera dificultades. Si nosotros revisamos el C.P., encontraremos numerosos dispositivos en los que se hace referencia al móvil, a la intención o al propósito del agente, éste no es el único artículo.

Thémis: ¿Qué opina Ud. sobre el delito de apología de terrorismo en un país donde la Constitución consagra el derecho a la libertad de expresión y opinión?

Roy Freyre: Opino que no existió contradicción alguna entre lo que fue una norma penal —recordemos que ya está derogada por la Ley No. 24651— y la aludida garantía constitucional. Libertad de prensa no es libertinaje, libertad de opinión tampoco es libertinaje. ¿Por qué? porque realmente este panegírico, este elogio, vienen a ser una incitación a cometer actos de terrorismo, y una sociedad debe de estar organizada para actuar preventivamente frente a los hechos delictivos. No debe esperarse que el delito se materialice en su aspecto más grave para recién pensar en las medidas preventivas. Si a través de la palabra hablada

o escrita, públicamente difundida, se incita tácitamente a la acción terrorista, entonces se hace evidente que el Estado, en defensa de la sociedad, tiene el derecho y el deber de anticiparse a los efectos que pretende el promotor. No puede aceptarse que, impunemente, se haga una propaganda destinada a desquiciar el orden social. Entiéndase bien que la figura de la apología del terrorismo no sancionaba como delito la difusión de lo que podríamos llamar, con dispensa del lenguaje, la “teoría terrorista”.

Thémis: Como es bien sabido, en el Decreto Legislativo No. 046 se establecieron dos figuras independientes para sancionar los delitos de apología e incitación al terrorismo. No obstante haberse suprimido el primero en la nueva Ley Antiterrorista, en aras de evitar restricciones a la libertad de expresión y opinión, ¿por qué cree Ud. que se ha suprimido el delito de incitación al terrorismo?

Roy Freyre: Bueno, si la eliminación se hizo como se sugiere en la pregunta, también en aras de la libertad de expresión y opinión nuestro legislador debería suprimir las figuras delictivas de la calumnia, difamación e injuria que atentan contra el honor de las personas. Con el mismo criterio, también debería suprimirse el desacato como delito contra la autoridad pública. Por otro lado, según creo haberlo insinuado ya en una respuesta precedente, la supresión de ambos tipos legales es un lamentable error del legislador peruano.

Creo que la razón tal vez se encuentre en el hecho de que nuestro Código Penal prevé la incitación a cometer delitos en su artículo 282, siempre que el delito al que se incite tenga la pena de penitenciería. Pero no olvidemos que el C.P. es de 1924; el propósito del dispositivo contenido en el D. Leg. 046 que trataba de la incitación al terrorismo hacía referencia a los medios de comunicación social a través de los cuales se puede incitar —tal vez más peligrosamente, con más efectividad— a la comisión de los actos de terrorismo. En consecuencia, el art. 282 del C.P., por la época en que fue promulgado, se refería más que todo a una incitación pública a la comisión de actos de terrorismo pero que requería —digamos— la presencia física del incitador y de los incitados. Con el avance de los medios de comunicación social, con el progreso de la radio y la televisión, ya no es necesario para una incitación al terrorismo que el incitador se encuentre frente a las personas instigadas. Y es todavía más efectivo por el mayor radio de difusión que alcanzan estos medios. En consecuencia, ese era el objetivo, y por eso es que en el D. Leg. 046 al hablarse de incitación se hacía referencia concreta a la radio y la televisión.

Thémis: Dentro de la perspectiva de la sanción y previsión del delito de terrorismo, ¿cuáles serían, a su parecer, los efectos de la implantación de la pena de muerte en el Perú?

Roy Freyre: No creo que la pena de muerte pueda resolver las causas que motivan la comisión del delito de terrorismo ni de algún otro hecho delictivo. Somos contrarios a la aplicación de la pena de muerte, y concretamente en el caso del terrorista pienso que ésta significaría construir un pedestal sobre el cual tendríamos pronto ya a un héroe. Esto evidentemente es inconveniente para la sociedad. Para ningún delito creo que debe aplicarse la pena de muerte, pues estaríamos renunciando a la resocialización del delincuente y proclamando nuestra impotencia para reincorporarlo a la sociedad. Matar al autor de un hecho delictivo, por muy grave que sea la infracción penal cometida, significa haber perdido la fe en la recuperación del ser humano a través de los medios científicos que ofrece la moderna ciencia del Derecho penitenciario.

Una cosa es la supuesta inidoneidad de las ciencias para resocializar al autor de un delito y otra cosa distinta es la inhabilidad del Estado para ponerlas al servicio de la resocialización del delincuente. Pienso que aplicar la pena de muerte a un terrorista sería tanto como edificarle un pedestal para su vesánica glorificación. Sus efectos serían negativos. Si el terrorista, como parece probarlo la experiencia, está dispuesto a entregar su vida en una de las acciones que le son propias, resulta casi seguro entonces que no le teme a la muerte.

Thémis: ¿Está Ud. de acuerdo en legislar beneficios para el terrorista arrepentido?

Roy Freyre: Estoy de acuerdo en que al terrorista que se arrepiente con el propósito de reincorporarse a la sociedad —y no solamente con el fin de conseguir una atenuación de la pena— se le debe considerar ese arrepentimiento como una atenuación. Pero no estoy de acuerdo con la Ley 24651 que ya no solamente considera el arrepentimiento como un motivo para atenuar la pena, sino que estima éste como un caso de exención de penalidad. Y considero que el legislador peruano ha hecho una errónea interpretación de su fuente española, la Ley Orgánica No. 08 de 1984, en donde el arrepentimiento se estima como una causa de atenuación de pena. El legislador peruano ha copiado textualmente ese dispositivo y, a pesar de que el membrete en la ley española dice “causa de atenuación de pena”, con el mismo texto ya no es solamente una causa de atenuación sino que puede ser inclusive una causa de exención de pena. Todo motivado por el hecho de que el legislador peruano ha confundido la “remisión de la pena” —que en el texto español se refiere a la condena condicional— con el perdón de la pena. En consecuencia, estoy de acuerdo con que el arrepentimiento sea motivo de una atenuación, pero en ningún caso de una exención de responsabilidad penal.

Thémis: ¿En qué medida ayudarían estas disposiciones a erradicar el terrorismo?

Roy Freyre: En la misma medida en que la ley lo está indicando, estas personas pueden denunciar a otros sujetos que pertenezcan a la misma organización terrorista, puede permitir su identificación, que se les señale como partícipes en tales o cuales hechos. Yo creo que el caso del terrorista arrepentido puede tener éxito cuando es una agrupación la que se arrepiente. Cuando sus miembros concertan voluntades, hacen sus proposiciones y todos ellos acuerdan arrepentirse. En este caso, no tienen que temer reacción alguna. Pero que se arrepienta uno de ellos y que denuncie inclusive a los otros, ese está muerto ya. Por eso es que en Colombia los que se arrepintieron no fueron individuos sino grupos, y ahí puede estar el éxito. Pero si se piensa que se trata de que una persona individual se arrepienta, creo que la ley está mal concebida.

Thémis: En cuanto a técnica legislativa, ¿qué significa la inclusión del articulado sobre terrorismo en el Código Penal?

Roy Freyre: Para mí tal inclusión representa un grave defecto de sistematización jurídica. Resulta que la Ley No. 24651, a diferencia del derogado Decreto Legislativo No. 46, es una ley de excepción. Se dijo sin ningún fundamento de que el D. Leg. 046 era una ley de excepción, y quienes hicieron esta crítica pensaron —y piensan seguramente hasta el momento— que una ley es de excepción cuando no está en el Código Penal, criterio éste que evidentemente es erróneo. Una ley es de excepción cuando sus disposiciones se apartan de la llamada Parte General del C.P. Cuando se da una ley complementaria del Código cuyas disposiciones no se apartan de sus normas generales, no podemos hablar de una ley especial, ni de una ley de excepción. Creo que con el propósito de superar esta crítica que se hizo es lo que viene a explicar el que la Ley 24651 haya pretendido incorporar sistemáticamente las nuevas normas que prevé dentro del Código Penal. Hecho que evidentemente, si lo ha logrado, ha sido al grave precio de haber resquebrajado la armonía sistemática del C.P. de 1924.

La 24651 es una ley de excepción, porque sus normas no se ajustan a las disposiciones generales del Código Penal, por ejemplo, la disposición general de que procede la liberación provisional de toda persona. Cuando viene esta ley y dice que no procede, entonces es una ley de excepción. Sin embargo, siendo una ley de excepción se incorpora al C.P. para dar la sensación de que no lo es. Yo creo que si la idea era suprimir las figuras de la incitación, la instigación y la apología del terrorismo, pues podían haberse derogado estas normas, quedando subsistentes en el D. Leg. 046 aquellas otras disposiciones que tipifican el delito de terrorismo, el abastecimiento terrorista y su financiamiento. En mi criterio, no había necesidad de incorporar al C.P. las normas que contiene la Ley 24651. Debo de hacer presente que el D. Leg. 046 ha

sido copiado casi literalmente por la 24651; así podemos comprobar que los artículos 1, 2, 2, 4, 8, 9 y 10 del derogado están textualmente en la nueva ley a la que hemos hecho referencia. Por otro lado también, estamos en condiciones de afirmar que el legislador peruano ha copiado textualmente los artículos 6o. y 9o. de la Ley Orgánica Española 8-1984 promulgada el 26.12.84 y que se refiere a los casos en que se atenúa de pena a quien desiste con el propósito de reinsertarse socialmente, así como también se prevén como delito los casos de colaboración con el delito de terrorismo.

Thémis: ¿Cómo definiría Ud. el delito de función?

Roy Freyre: De la siguiente manera: es un ilícito penal cometido por un servidor o funcionario público, civil o militar, ya sea infringiendo sus deberes o abusando de sus atribuciones. La ley penal debe indicar, tácita o expresamente, por la naturaleza del texto en el que está codificada —como ocurre con el Código de Justicia Militar— o por referencia expresa que se hace en el tipo legal, que el sujeto activo es un funcionario o servidor público. Creo que aquí está la clave para la identificación.

Thémis: En el supuesto que un miembro de las FF.AA. o FF.PP. cometiera un delito en ejercicio de sus funciones, ¿en qué tipo de delito incurriría y cuál sería el fuero competente para su juzgamiento?

Roy Freyre: Veamos. Si el delito está previsto en el Código de Justicia Militar, entonces el hecho será juzgado por el fuero castrense, aún cuando también lo estuviera en el C.P. común. Aquí tenemos a la mano el C. de J.M. que está en vigencia desde 1980. Lo que hemos dicho se sustenta en su artículo 340. Para el caso en que una misma persona cometa un delito militar y otro común distinto e independiente del anterior, entonces cada fuero conoce del delito respectivo y se harán conocer las sentencias que dicten para el efecto de refundir la pena. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia resolver cualquier duda o cuestionamiento de la competencia, teniendo en cuenta que para determinarla debe aplicar el principio de la pena más grave. Si las penas fueren iguales, pues por tratarse de un “delito de función” corresponderá al fuero militar conocer del citado delito, según puede comprobarse con el art. 344.

Thémis: ¿Cuáles considera Ud. que son los aciertos y deficiencias de la Ley No. 24651 con respecto al Decreto Legislativo No. 046?

Roy Freyre: El acierto creo yo que estaría en el hecho de que la Ley 24651 establece, al igual que el D. Leg. 046, una responsabilidad respetando el principio de la culpabilidad. Los desaciertos creo que son varios. Podríamos mencionar los siguientes:

En primer lugar, la Ley 24651 carece de una Exposición de Motivos. Muchas leyes no tienen exposición de motivos, pero si se trata de una ley que desconoce la importancia de figuras delictivas tales como la apología del terrorismo, la incitación al terrorismo y la asociación ilícita para el terrorismo, hubiera sido necesario que en la exposición de motivos se explicara por qué razones estas figuras que estaban incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico van a dejar de estar vigentes.

Otro defecto es el haber incorporado en el texto del C.P. el denominado art. 85—A, estableciendo en este dispositivo circunstancias de exención y atenuación de las penas. En todo caso, como este art. 85—A se refiere concretamente al delito de terrorismo y no a los delitos en general, no ha debido estar incorporado en esta parte general del Código Penal, sino en la parte especial.

Nuestros legisladores no han tomado en consideración importantes aspectos de la ya referida Ley Orgánica española que le ha servido parcialmente de fuente. Se ha transcrito literalmente dos de sus normas en la redacción de los arts. 288—E y 85—A incorporados hoy a nuestro C.P. Hago esta afirmación basado en que la Ley Orgánica española 8/1984 contiene las figuras de la asociación terrorista y diversas modalidades de la apología del terrorismo en sus artículos séptimo y décimo, respectivamente. En la citada ley hispana, hasta la simple proposición para constituir un grupo terrorista conforma ya el delito de asociación ilícita.

Por otro lado, también observamos que la figura de la asociación ilícita para el terrorismo no está prevista en la Ley 24651, pero sin embargo sí está considerada como una circunstancia agravante de la pena en el art. 288—B inc. a). Si ya se está reconociendo la existencia de una organización que está dispuesta a utilizar como medio el delito de terrorismo, ¿a qué esperar que dicha asociación, o sus integrantes, cometan el delito de terrorismo para sancionarlos?

También considero que es un defecto grave de esta ley el haber desconocido los principios del Derecho Penal Liberal, del Derecho Penitenciario Humanitario. Según su texto, los terroristas no tienen derecho al beneficio de la liberación condicional, tampoco a la reducción de la pena por medio del trabajo o del estudio, ni derecho a la semilibertad y a la conmutación —salvo los casos que se estimen de colaboración del terrorista con la Administración de Justicia—. Pero en principio y *a priori* estos beneficios le han sido negados. De tal manera entonces que hoy tenemos como consecuencia del art. 5o. de la ley, que la pena de internamiento no menor de 25 años es una pena realmente perpetua, puesto que si el terrorista no se arrepiente, entonces nunca podrá recuperar su libertad. La ley ha pensado en que algunas personas que cometen actos de terrorismo, frente a la gravedad de la san-

ción van a arrepentirse y por eso, cuando se arrepienten, les permite la procedencia de los beneficios que hemos señalado. Pero la ley no ha pensado en los casos en que por miedo a las represalias o por convicción el terrorista no se arrepiente; entonces tendrá que cumplir penas muy severas señaladas por la Ley 24651.

Otro defecto que podemos señalar en la ley es el caso de haberse incorporado a nuestro Código Penal, creándose la Sección Octava—A con la denominación “De los Delitos de Terrorismo”. Es un defecto de carácter técnico: el C.P. peruano clasifica los hechos delictivos según la naturaleza del bien jurídico lesionado. Así tenemos los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, contra la tranquilidad pública, contra el patrimonio. Pero la Sección Octava—A se denomina “De los delitos de terrorismo”, lo cual evidentemente rompe la armonía a la que ya he hecho referencia.

Sobre el D. Leg. 046 se publicó y se dijo de todo, que era “Anticonstitucional”, que estaba “dirigido contra el pueblo, líderes políticos, sindicales y dirigentes de izquierda”, que constituía un atentado contra la libertad de prensa y que con ese Decreto, pensar también era delito. ¿Cómo es posible que ahora, después de seis años que salió la ley, se hayan copiado siete de sus disposiciones exactamente? No ha debido de hacerse otra ley, por eso yo califico a la 24651 como una ley perezosa; porque el legislador ha actuado sin espíritu crítico. Ha tomado el D.L. 046 y ha copiado siete de sus dispositivos, ha tomado la ley española y ha copiado dos dispositivos y lo peor que tiene es lo único de su cosecha. Lo peor que tiene es el artículo 5o. que dice que no hay liberación condicional, no hay semilibertad, no hay remisión de la pena por medio del trabajo; lo peor que tiene la ley es lo original. El D. Leg. 046 es una ley desprestigiada, fue desprestigiada, ha perdido realmente respetabilidad y validez; y ahora la han copiado íntegramente, como si nada hubiera pasado. La ley ha sido copiada sin ningún espíritu crítico, donde dice “causas atenuantes”,

en vez de la palabra remisión —que es suspensión condicional de la pena en la legislación española— acá no han puesto causas atenuantes sino causas de exención de la pena. Porque creen que remisión es perdón. Sino miren el art. 85—A en su última parte: “Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en la ley”. ¿Cómo condicionada si ya está exento de pena? La condición sí funciona en la ley española, donde la remisión es una suspensión condicional de la ejecución de la pena, ahí sí tiene una explicación este artículo. Acá simplemente esa exención es cosa juzgada.

Podríamos mencionar varios más, pero vamos a terminar exponiendo otro defecto como si fuera el último: el tipo básico de terrorismo previsto por el artículo 1ro. de la Ley 24651 resulta siendo más gravemente castigado que las modalidades calificadas que contempla el artículo 2o. de la misma Ley. En efecto, mientras que en el primer dispositivo legal se prevén alternativamente las penas de penitenciaría e internamiento, ocurre que en el segundo texto mencionado, salvo su último inciso, se prescribe exclusivamente la pena de penitenciaría. El absurdo es evidente.

Thémis: ¿Quisiera Ud., Dr. Roy Freyre, decirnos algo más sobre el tema de la entrevista?

Roy Freyre: Si ustedes me permiten, deseo agregar que estoy sorprendido de la complacencia con la que el legislador peruano ha reproducido textualmente en la Ley No. 24651, sin espíritu crítico, la mayoría de las disposiciones contenidas en el derogado Decreto Legislativo 46, a pesar de la satanización de que fue objeto dicho documento por parte de políticos que todavía hoy continúan su carrera parlamentaria. Asimismo, no deja de llamar la atención el que algunas normas sobre terrorismo previstas con un carácter temporalmente limitado por la fuente española hayan sido incorporadas, con presunta permanencia, al cuerpo del C.P. de 1924. Nada más.

El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino

Mario Alzamora Valdez

Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Santo Tomás de Aquino fué uno de los filósofos que con mayor hondura y acierto trató el problema del hombre.

En el triple aspecto de la filosofía, nacida del asombro humano frente al gran problema del mundo como enseñaron los maestros de Grecia, se refleja el orden del universo y de sus causas ("ut in ea describitur ordo universo et causarum ejus"). Ese triple aspecto se manifiesta en la Metafísica, la Lógica y la Ética que a su vez comprende el conocimiento de la sociedad y la política.

El hombre es un ser eminentemente social. Bäumker, en una obra clásica, recuerda que en el siglo XIII —el siglo de Santo Tomás— acababa de traducirse la obra de Aristóteles, que imprime su vocación sobre la sociabilidad del ser humano.

El conocimiento filosófico examina las causas últimas de los seres y de los problemas, a diferencia del conocimiento científico que se limita a las próximas.

Las causas últimas son de cuatro tipos, como se sabe: la material, la formal, la eficiente y la final. La causa material del Estado, aquella que lo constituye, para expresarlo en términos más fáciles "de lo que está hecho", es la multitud de los hombres que lo forman. La causa formal, la forma para usar el lenguaje escolástico, lo que da a esa multitud su estructura propia, aquello por lo cual deja de ser un simple conglomerado, aquello por lo cual es lo que es, está en el Poder; la causa eficiente, la que le da origen, punto de partida, de la cual proviene la sociedad política, el impulso social del hombre proviene de Dios; y la causa final, a la que la sociedad se dirige, o más bien, el objetivo que persigue, es el bien común, vale decir, aquello a lo cual la multitud se orienta.

Entre las cuatro causas se da una unión inseparable. No se pueden separar una de las otras. Esta unión es mas manifiesta entre la material y la formal. La materia es el **substractum** o **subjetum** receptor de

la forma. En la materia reside la forma; la forma hace que lo social sea lo que es. En el caso especial del Estado, la forma es el modo como actúa, como realiza su función, propia y distintiva, en otros términos, cómo ejerce el poder.

El poder político pertenece al pueblo. Entre el pueblo y el gobierno existe una íntima relación. En tanto que la comunidad, como conjunto de personas, no puede realizar el mando directamente ni menos ocuparse de todas las funciones políticas, en sus diversos aspectos, está llamada a realizar una "translación" a una o a varias personas ("translatio imperii").

Esta "Translatio" no significa una "alienatio total" de modo que nunca pueda ser revocada, sino una transferencia provisional (o momentánea) que está sujeta a la voluntad, por cierto legítima, del titular.

El poder político se ejerce por alguien que es una especie de gerente o representante de la comunidad, pero que puede ser sustituido, por voluntad del mandante, en cualquier momento.

En cuanto a las formas del poder, Santo Tomás considera dos cuestiones: 1) quién o quienes lo ejercen y 2) cuál es el fin que se persigue.

En el primer caso, si se trata de un solo hombre (virtuoso) se realiza el reino (regnum); si es una minoría seleccionada por la virtud de sus integrantes, la aristocracia; y si es todo el pueblo, se ha llegado a la forma que se denomina democracia.

En el segundo caso, si ejerce el poder un solo hombre pero que no persigue como fin el bien común, sino su propio provecho, la forma se denomina tiranía; si lo hace un grupo en su particular beneficio se da la oligarquía (oligarchía), y si lo detenta la multitud, demagogia.

Tres de estas formas —monarquía, aristocracia y democracia— son formas sanas y legítimas; en tanto

que otras tres son ilegítimas o corruptas: la tiranía, la oligarquía y la demagogia.

La presencia del pueblo en las formas de gobierno varía. Simbólicamente en el reino; mediante un grupo selecto en la aristocracia y realmente en la democracia. Los reinos se rigen mediante "constituciones"; las aristocracias por "senatus consultus" y las democracias por leyes¹.

Los gobernantes se orientan por la ley divina, que norma a todos los seres y a todos los actos del hombre; después de ella, y por debajo, por la ley natural, que significa el conjunto de los mandatos de Dios puestos en la mente humana; y finalmente, por las leyes humanas que expresan su voluntad.

Dadas las tres formas legítimas del gobierno ¿cuál es la mejor?. A la inversa, dadas las tres formas corruptas, ¿cuál es la peor?.

Es evidente, dice Santo Tomás, que la mejor forma de gobierno es la monarquía. Señala sus razones en el Cap. I del Libro I del "Opúsculo sobre el Gobierno de los príncipes". Los animales —expresa— están provistos por la naturaleza de medios que les confieren su vida y su sustento, no así el hombre, que tiene la sola calidad de la razón.

El hombre que por naturaleza está destinado a vivir en sociedad, necesita de alguien que lo oriente. Pero ésto no en su propio provecho, sino en el de la comunidad hacia la cual se orienta y dirige. El Antiguo Testamento dice: "Ay de aquellos pastores que pastorean buscando sus propios bienes" (Ex. 34.2).

En el caso de un régimen injusto, con una sola cabeza, que buscase solo su propio beneficio y no el bien de todos, se trataría de un "tirano", nombre que proviene de "fuerza", en cuanto arriba por ella al poder "y no se rige por la justicia".²

Por la misma razón son indeseables la oligarquía y la demagogia, que solo buscan el beneficio de un grupo o de la totalidad del pueblo. Pero, hay que tener en cuenta que "cuanto mayor es la unidad de un poder tiránico mayor es su nocividad. La tiranía monárquica es peor que la oligarquía y esta es peor que la democracia corrompida".³

Este razonamiento se hace claro y patente a través de la argumentación teleológica. El poder justo puede hacerse, o de hecho se hace injusto, cuando busca el bien de un menor número de personas o el

de una sola. En sus "Comentarios a la Etica Nicomaquea" insiste el Maestro de Aquino en el mismo razonamiento. "En la Timocracia se busca el bien de todos, pobres y ricos, por eso su perversidad es menor que la de la oligarquía y la tiranía real".⁴

La forma más mala y detestable de gobierno es la tiranía monárquica. El título del Cap. V del libro I del "Gobierno de los Príncipes" lleva este título "En el gobierno de muchos se dá con más frecuencia la tiranía que en el gobierno presidido por uno por lo cual es mejor el régimen real"⁵.

En las tiranías se produce la fatalidad que cada uno es peor que las precedentes, "Así sucedió con Dionisio, tirano de Siracusa; muchos deseaban su muerte; mas una anciana oraba porque se conservara sano y fuerte. Al saberlo el tirano preguntó por qué lo hacía. Ella contestó: cuando yo era niña teníamos un tirano muy duro y yo deseaba su muerte; mas cuando este murió, otro más cruel le sucedió y yo seguía deseando que terminase su dominio; mas el tercero fué aún más nefasto que los anteriores, y ese eres tú. Así, pues, si te derrocaran, te sucedería uno peor".⁶

En la monarquía se pueden combinar los tres principios fundamentales del gobierno en busca de un régimen mejor.

El problema esencial y más grave es el de eliminar un gobierno unipersonal corrupto.

En el "Régimen de los príncipes" Santo Tomás señala los medios para evitar la tiranía. El primer medio consiste en el acierto en la designación del rey. Este medio supone la monarquía electiva. Este método lleva a una honesta designación, y a prevenir, dada la calidad de los hombres, el abuso y el latrocinio.

El segundo medio, aunque no fue precisado en la obra, consiste en "templar el poder mediante una organización adecuada para evitar excesos y desviaciones en su ejercicio", como anotan muchos de sus comentaristas.

En tercer término, si la tiranía no fuese excesiva es preferible soportarla, pero esto no puede realizarse sino por un período corto o transitorio; pero si continuase la tiranía, surge el grave problema del tiranicidio. Santo Tomás no aboga porque una persona o un grupo privado den muerte al tirano. Considera que el pueblo tiene el derecho de "resistencia" aunque de él, "de modo indirecto", pueda resultar la muerte del tirano.

1. Santo Tomás de Aquino: "Del Gobierno de los príncipes", Lib. I, cap. IV.

2. Santo Tomás, Cap. I, 1.

3. Santo Tomás, Cap. I, 3.

4. Santo Tomás, Cap. 10.

5. Santo Tomás, Lib. I, Cap. VI.

6. Santo Tomás, Lib. I, Cap. VI.

Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la Crítica

Manuel Aguirre Roca

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

He leído con mucha atención y —lo confieso— preocupación creciente, el artículo que, con el título de “El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser”, se acaba de publicar en la “Revista de Derecho Thémis” (Segunda Epoca, 1986, No. 4; pp. 40 a 44). Su autor, el distinguido colega y catedrático universitario Aníbal Quiroga León (AQL), analiza asuntos no sólo de enorme importancia y trascendencia, sino de considerable e indiscutible interés nacional y general. Estimo necesario, por ello, como Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales que emitió los tres pronunciamientos tan severamente criticados en el artículo de la referencia, y, además, como autor de un comentario citado y glosado en él, precisar conceptos y delinear realidades y verdades, sin perjuicio de aportar —habida cuenta del tenor del artículo, de la inocultable gravedad de algunas de sus apreciaciones y conclusiones, y de las responsabilidades y obligaciones que la investidura y el cargo que desempeño entrañan— las correspondientes y cabales refutaciones y justificaciones, tanto más cuanto que el doctor AQL llega a afirmar que los pronunciamientos emitidos por el TGC en los célebres casos de los votos **válidamente emitidos**, y de la demanda contra el artículo 2o. de la Ley 23321 (caso del “desacato”) y contra el artículo 6o. del Decreto Legislativo No. 46 (caso del “terrorismo”), hacen incurrir a sus miembros en nada menos que “responsabilidad funcional”, o, para ponerlo en sus propios términos, “... cuando menos el flagrante omisión y, cuanto poco, en **responsabilidad funcional ... aquella a la que se refiere el artículo 17o., inc. 5, de la propia LOTGC, y que resulta exigible ante el Parlamento**” (los subrayados son míos).

1. ¿DESTITUCION DEL CARGO?

Si se tiene presente el tenor del mencionado ar-

tículo 17o., inciso 5, de la LOTGC, lo que se sostiene es, obviamente, la comisión de una falta de gravedad suficiente como para que todos los magistrados del Tribunal que suscribieron los comentados pronunciamientos sean **destituidos, por haber incurrido en causal de vacancia “por grave e inexcusable incumplimiento de sus deberes de función”**.

Y ahí no quedan las cosas, pues en otros pasajes expresa, por ejemplo, que el fallo del TGC en el caso de la demanda relacionada con el **desacato** y el **terrorismo** “... con un **sui generis** resultado similar a otros posteriormente emitidos ...” (configuró) “... **una sentencia que, en puridad, no fue 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 ello¹, llegándose al extremo de otorgarles la curiosa denominación de declaración² en vez de resolución”. Más adelante agrega, siempre en el mismo diapasón: “La inicial **perplejidad** que se causó frente a esta decisión de no decidir ... en un primer momento fue trocada por el subsecuente **estupor** y el final resignamiento, pues tal pronunciamiento 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 artículo 203 de la constitución ... en lo referente a los votos válidamente emitidos ...” (los subrayados son míos).

2. ¿MAS CONTRAVENCIONES?

En otro párrafo se pregunta: “¿Por qué, entonces, en el presente caso, se ha obrado así **en contravención con claros postulados constitucionales y legales?**” E inmediatamente agrega: “Saque el lector su propia conclusión. Nada más **reiteraremos que**, en es-

1. Según se explica más adelante —bajo el rubro de “No Rehuyo Responsabilidades”—, en el artículo que publiqué en Thémis (2da. Epoca, No. 3, con el Título de “Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica”), no se trató de “defender” un fallo, sino de explicarlo.

2. El término “declaración” se empleó oficialmente en la publicación aparecida en “El Peruano”, según se aprecia del texto correspondiente, que se reproduce más adelante en el párrafo titulado “No Rehuyo Responsabilidades”.

te proceder, es posible encontrar **responsabilidad funcional ...**" (los subrayados son míos).

3. QUIEN CALLA, OTORGA

Se dice que "quien calla otorga"; y aunque ello no sea siempre cierto, quien haya leído el artículo examinado, comprenderá por qué el suscrito no puede permanecer mudo. Como magistrado al servicio de la Nación, me siento obligado a explicar la razón de mis actos públicos —de función—, cuando son públicamente enjuiciados por quien puede invocar derecho y autoridad para hacerlo. Además, no quisiera que las sensaciones de "perplejidad" y de "estupor" que recuerda haber sentido el doctor AQL al leer los glosados fallos del TGC, hagan también presa de quienes lean el artículo comentado, como tiene que haber ocurrido con mis colegas y como, por cierto, no dejó de suceder conmigo mismo. Entrese, pues, en materia.

4. EN LA NUEZ DEL DUBIUM

Debo agradecer, para comenzar, las tres menciones que se hacen de mí (MAR) en el artículo examinado. Dos de ellas se refieren a la nota que publiqué en la Revista de Derecho Thémis, sobre temas afines³. La tercera destaca la calidad de mi voto en una cuestión incidental que surgió a propósito de la demanda de inconstitucionalidad planteada por veinte (20) señores senadores contra el artículo 2o. de la Ley 23321 (el asunto del "desacato"), y 6o. del D.L. No. 46 (relacionado con el delito de "terrorismo"), y que versó sobre si la acción, dado el retiro de una de las firmas (la del Senador Yashimura, como se recuerda), se había extinguido o no. La mención honrosa aparece en el siguiente pasaje: **"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 ..."**

5. NO REHUYO RESPONSABILIDADES

No hay elogio, en cambio, cuando, en el cuarto párrafo del artículo, con referencia a la publicación que hice en Thémis (Segunda Epoca, No. 3, con el título de "Los Fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica") se dice que "... no es el caso rasgarse las vestiduras por esa 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 Roca" (el subrayado es mío).

Las cosas van subiendo, pues, de tono. Los enjuiciamientos de la conducta y las decisiones del TGC se agravan, ahora, en lo que a mí respecta, pues se me atribuyen propósitos de "pretender hacer un asunto", que consistiría, al parecer, "en rehuir responsabilidades, sin conseguirlo".

Aclararé, penetrando en el meollo, que en el artículo citado (que publiqué en Thémis) no he **pretendido rehuir responsabilidades**, toda vez que, no habiendo incurrido en ninguna responsabilidad, de ninguna podía —ni puedo— escapar. Dije, entonces, como repito ahora, que el pronunciamiento del TGC recaído sobre la demanda de inconstitucionalidad relacionada con los "votos válidamente emitidos", tuvo fisonomía de "declaración" y no de sentencia —y así fue, en efecto, como se verá luego— porque el artículo 8o. de la LOTGC no permite resolver las acciones de inconstitucionalidad con menos de seis votos concordantes, cosa que, entonces, no se logró. (Esa "declaración" —de paso y además— ocurre que no fue firmada por mí, de modo que, aun en ese sentido, gráficamente literal e histórico, mal podía yo pretender escapar de responsabilidades incumbentes). Reproduzco, en seguida, la parte pertinente del pronunciamiento del TGC. Véase como en ella se usa, **oficialmente**, el término "declaración" en lugar del de sentencia, tal como lo digo —sin inventar nada ni faltar por tanto, a la verdad— en el artículo publicado en Thémis, artículo que, por consideraciones que lamentablemente no se señalan, el doctor AQL califica como "defensa endeble" de los pronunciamientos examinados del TGC. En ese artículo, dicho sea de paso, yo no ensayé, en puridad de verdad, una "defensa", sino que me propuse explicar, con la mayor claridad y brevedad posibles, las razones legales y constitucionales del **fallo** —pronunciamiento o "declaración"— **sin sentencia**. En lo que sigue, al analizar y refutar la nota comentada, se incidirá en lo mismo. El lector quedará, pues, en posición de formarse su propio juicio sobre la hipotética "endeblez" de mi "defensa". Pero he aquí el pasaje anunciado: "... **Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal número veintitrés mil trescientos ochenticinco, que dispone que para obtener resolución en las acciones de inconstitucionalidad, se requiere de seis votos conformes; no habiéndose obtenido este número en la indicada votación; el primer párrafo del artículo sexto de la Ley número veintitrés mil novecientos tres conserva su vigencia; y los accionantes su derecho a replantear la demanda. Agregue como parte integrante de lo actuado, los fundamentos de los votos de los señores Magistrados intervinientes. Regístrese; comuníquese y archívese. Egu-**ren Bresani, Basombrío Porras, Silva Salgado, Corso

3. V. nota precedente.

Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Osorio Villacorta. Se publicó conforme a ley. Lo que certifico. Manuel Visalot Chávez, Secretario — Relator.

"La declaración⁴ que antecede se publica sin la firma del Magistrado Dr. Aguirre Roca, por haberme manifestado no estar de acuerdo con ella" (el subrayado es mío. El texto dice "declaración"). Lo que certifico: Manuel Visalot Chávez. Secretario Relator ...".

Recordemos, retomando el hilo, que el artículo 8o. de la LOTGC dice: "... El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de 5 votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción que exigen 6 votos conformes ...".

6. LA TESIS DE AQL Y LA LEY

El doctor AQL sostiene, empero, que el Tribunal sí debió sentenciar y resolver, entonces, el problema, es decir, la acción de inconstitucionalidad, en lugar de pronunciar "una sentencia que, en puridad, no es sentencia"⁵. Entre la tesis del estimable colega y el texto del inequívoco mandato legal, existe, pues, profunda y evidente discrepancia. Las dos cosas no pueden ser válidas al mismo tiempo: Si la voluntad del legislador debiese prevalecer sobre la tesis del doctor AQL, el Tribunal no habría incurrido en ninguna responsabilidad funcional. Si, al contrario, la tesis del ilustre publicista debiese prevalecer sobre la ley, entonces sí podría alegarse que el TGC se equivocó. Pero, téngase presente que, aun en este insólito caso, no habría, tampoco, "responsabilidad funcional", ya que, como lo dicen la Constitución vigente y el clásico brocardo jurídico, "no hay pena" —ni responsabilidad, agregoyo— "sin ley", y cuando el TGC se pronunció, no existía disposición jurídica alguna que otorgarse —y creo que aun no hay— a ningún jurista (por versado que fuese o sea) potestad para derogar leyes o para hacer prevalecer su criterio sobre ellas.

7. EXAMEN PORMENORIZADO

Para que no se piense que me estoy limitando a formular afirmaciones dogmáticas y carentes de suficiente sustento, examinaré, seguidamente, aunque de modo sucinto, la tesis recusada. Veremos, entonces —así lo espero, por lo menos—, que su solidez es más aparente que real.

He contado —s.e.u.o.— hasta nueve argumentos en la tesis que se analiza, si bien es cierto que los mismos pueden reducirse a cuatro clases. La primera clase tiene dos manifestaciones: la que sostiene que la jurisdicción constitucional es **positiva**; y la que dice que la ley del TGC sólo señala un caso en que dicha jurisdicción constitucional puede ser **negativa**. De ello deduce el doctor AQL que, al no resolverse la cuestión constitucional sin que se diera el caso en que la jurisdicción constitucional puede ser negativa (que, según la tesis examinada, sería el del artículo 37 de la LOTGC, es decir, el que se presenta cuando la norma impugnada ya no se encuentra en vigencia), el TGC debió emitir sentencia y no abstenerse de hacerlo.

8. ARGUMENTACION PRIMERA

Respecto de esta argumentación, debe recordarse que el artículo 8o. de la LOTGC **no permite resolver la cuestión de inconstitucionalidad con menos de seis votos conformes**. No es, pues, exacto que sólo el artículo 37o. de la LOTGC contemple lo que se denomina —no sabemos con cuánto acierto— "jurisdicción negativa". En suma, este argumento, a mi juicio, no sólo no entra en materia sino que, al contrario, enrumado por una equívoca vía, se sale del tema. Además, dicho sea de paso, el glosado artículo 37o. de la LOTGC no establece, en puridad de verdad, ninguna situación de "jurisdicción negativa". Se limita a un supuesto de "pérdida de materia": No existiendo la ley impugnada, ya no hay sobre qué pronunciarse. **Mutatis mutandis**, lo mismo ocurre en las acciones constitucionales de **habeas corpus** y amparo en el 1er. inciso del artículo 6o. de la Ley 23506, es decir, cuando la violación del derecho ha cesado. Además, y para cerrar este punto, ¿acaso los supuestos de inadmisión, señalados en los artículos 6o. y 30o. de la LOTGC, no son, usando la misma nomenclatura del Dr. AQL, otros tantos de "jurisdicción constitucional negativa"?

9. LOS ARGUMENTOS DEL SEGUNDO TIPO

El segundo tipo de argumentación se basa en el artículo 57o. de la LOTGC y en las fuentes supletorias y las concordancias que allí se señalan. Según esta línea de análisis, en efecto, el caso debió haberse resuelto por aplicación de las normas supletorias de la LOPJ, del CPC y de la Constitución que, a juicio del doctor AQL, exigen, textualmente, "... que en ningún caso se pueda dejar de **administrar justicia** por de

4. Repárese en el empleo textual y oficial del vocablo "declaración". Por lo demás, yo no firmé dicha "declaración (aunque si voté la causa, en el sentido de que ambos extremos de la demanda eran fundados, como fluye de mi extenso voto que, conjuntamente con los demás magistrados se publicó en "El Peruano") por las razones que se exponen en la carta explicativa y aclaratoria que, al respecto, publiqué en "El Peruano" del 21 de marzo de 1985.

5. La situación es, curiosamente, la contraria, pues lo que el TGC hizo fue, valga la paradoja, pronunciar una "no —sentencia" que, en puridad de verdad, tuvo valor de sentencia, según se explica en lo que sigue de este artículo. En efecto, el pronunciamiento del TGC, que no fue formalmente una sentencia, sí tuvo la virtud de administrar, en la perspectiva que luego se explica en este artículo, justicia, y, además, en el plano material y fáctico, de "resolver" el problema. Podría, pues, decirse, si se quiere —por lo menos con bastante más propiedad—, que el TGC, sin resolver, formalmente, en verdad sí resolvió; que no que resolvió formalmente, pero que lo hizo no resolviendo (o sin resolver) material o fácticamente.

fecto de las leyes, debiéndose recurrir, en tales casos, a los principios del derecho’.

Esta argumentación, a mi criterio, se mueve dentro de un círculo vicioso, pues, en efecto, supone **ab initio** —y gratuitamente—, que el TGC, al pronunciarse mediante “declaración”, y no mediante “sentencia”, no ha administrado justicia y, además, ha violado los dispositivos legales, constitucionales y concordantes de la referencia.

10. PERO SI SE ADMINISTRO JUSTICIA; Y NO SE VIOLARON NORMAS

Nada solventa, empero, semejante conclusión, pues la **justicia quedó administrada** con el pronunciamiento —léase: “declaración”⁶ que hizo el TGC, de conformidad con el artículo 8o. de su Ley Orgánica. No negamos, por cierto, el derecho de entender **por justicia o administración de justicia otra cosa**, pero nada obliga al TGC a hacer suya una tesis tal, ni hay nada, tampoco, en la ley que apunte en tal dirección. Si justicia es, como lo quiere el clásico e insuperado brocardo romano, **dar a cada cual lo suyo**, el pronunciamiento del TGC, al declarar que, por no haberse alcanzado seis votos conformes, la ley impugnada seguía vigente y, al mismo tiempo, subsistente el derecho de replantear la acción, sí dio, clara, formal y materialmente, a cada cual lo suyo, y “resolvió” así, dentro de los límites de la matemática de la ley, —valga repetirlo— no sólo formal, sino también material y prácticamente, la cuestión, sin perjuicio, por cierto, de que el criterio y el sentido del voto de cada magistrado pueda ser discutido, elogiado o recusado (algo más sobre este punto se dirá luego).

Considérese, de otro lado, **que no existe, en nuestro sistema jurídico, el derecho de pedir que el TGC declare la “constitucionalidad” de las leyes**. Por tanto, no lográndose los seis votos requeridos para la declaración de “inconstitucionalidad”, no cabía pronunciarse —dentro del marco de referencia de la normatividad vigente— tampoco, por la “constitucionalidad”. Luego el TGC no sólo administró justicia, sino que lo hizo sin violar las normas que, empero, el Dr. AQL sostiene que se violaron. Y esta reflexión nos lleva a las dos últimas series o clases de argumentos.

11. ULTIMAS RAZONES

La primera de estas dos últimas clases de razones sostiene que, precisamente, si no pudiese declararse —por falta de votos— la “inconstitucionalidad”, debía declararse la “constitucionalidad”. Ya se ha indicado que ello no es factible, porque no existe, entre nosotros, acción de “constitucionalidad” de leyes por ante el TGC, y éste, en consecuencia, carece de potes-

tad para hacer las correspondientes declaraciones. Pero, además, los argumentos analógicos que emplea el distinguido colega para llegar a la conclusión que criticamos, tampoco son convincentes. ¿Cuáles son estos argumentos analógicos? Se basan, en síntesis, en el caso de la **inadmisibilidad**.

12. LA INADMISIBILIDAD

La LOTGC exige, para resolver los casos de inadmisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, no menos de seis votos⁷. El Dr. AQL parece estimar que, por ello, con menos de seis votos en tal sentido, deben declararse “admisibles” las demandas, y que, por analogía, de igual manera, no lográndose los seis votos necesarios para declarar la “inconstitucionalidad” de la ley, procede que se declare la “constitucionalidad” de la misma.

El silogismo es, sin duda, ingenioso y efectista, pero no es válido sino en apariencia, y ello no sólo por lo ya dicho (no existe, entre nosotros, acción de “constitucionalidad” por ante el TGC, ni posibilidad —no sólo jurídica, sino tampoco lógica— de que, por ello mismo, el TGC haga tales declaraciones en una sentencia), sino porque, tratándose de la **inadmisibilidad**, la LOTGC sí establece, textual y expresamente, al lado de la declaración de “inadmisibilidad”, la de “admisión” o admisibilidad. Es más, el ya citado artículo 30o. de la LOTGC, al reglamentar estas materias, se ocupa, primero, de la admisión o admisibilidad, y sólo después, tratando los casos de excepción —lo que podría denominarse la patología procesal—, toca lo atinente a la hipotética y eventual declaración de inadmisibilidad. Es entonces cuando dice, refiriéndose a la declaración de inadmisibilidad, que ella requiere no menos de seis votos conformes. Mas he aquí el meridiano texto del glosado artículo 30o. de la LOTGC: “. . . Interpuesta la demanda, el Tribunal dentro de un plazo que no puede exceder de diez días, resuelve sobre su admisión. Dentro del mismo término y motivadamente, el Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos: 1. Que la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto por el artículo 25o.; 2. Que la demanda contenga algún defecto de forma o no acompañe los documentos a que se refiere el artículo anterior. También puede declararse la inadmisibilidad si el Tribunal hubiere ya desestimado una cuestión de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo”.

13. VERDADES COMO CATEDRALES

El artículo reproducido pone de manifiesto un hecho grande como una catedral, verbigracia, que la LOTGC distingue clarísimamente entre los casos de

6. V. Supra; especialmente el correspondiente pasaje del fallo del TGC reproducido líneas arriba. Véanse las notas precedentes, especialmente la —respecto de la “administración de Justicia”— y las, respecto del empleo del vocablo “declaración”.

7. Véase el artículo 8o. de la LOTGC, reproducido líneas arriba, bajo el rubro de “No Rehuyo Responsabilidades”.

“admisibilidad” e “inadmisibilidad”, y, además, establece los únicos tres supuestos en que procede la declaración de “inadmisibilidad”. Fuera de estos tres únicos supuestos, podría pensarse, en consecuencia, que, no surgiendo —por hipótesis— la cuestión de la inadmisibilidad (para cuya resolución el artículo 8o. de la LOTGC sí exige una mayoría calificada no menor de seis votos conformes), el acuerdo de “admisión” puede adoptarse, como todo acuerdo **no calificado**, por los cinco votos señalados en dicho numeral. La especial circunstancia, pues, de que la LOTGC distinga, como supuestos independientes, los de “admisibilidad” e “inadmisibilidad”, hace factible que se piense que las correspondientes resoluciones, en concordancia con el artículo 8o. de la LOTGC, pueden requerir distintas mayorías: seis (6) votos conformes, como mínimo, para la declaración de inadmisibilidad; y sólo cinco (5), siguiendo la regla general, para la de admisibilidad.

14. EL RIGOR LOGICO

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente lógico, podría sostenerse que el textual y preciso señalamiento de la doble vertiente legal, no es razón suficiente para solventar la conclusión de que, no surgiendo ninguno de los tres posibles casos de “inadmisibilidad” contemplados en el artículo 30o. de la LOTGC, procede que se declare, con arreglo al criterio general de sólo cinco (5) votos, la admisibilidad. En efecto, un razonamiento rigurosamente lógico puede llevar a la conclusión de que toda declaración de admisibilidad entraña, necesariamente —aunque sea en forma sólo implícita— la declaración de **no inadmisibilidad**, cosa que implica, lógicamente también, la solución, en el fondo, y aunque sea en forma tácita, de un problema de “inadmisibilidad”. “Admitir”, cuando existe la alternativa de no hacerlo, entraña, lógicamente, el rechazo del otro extremo: la “inadmisión”. ¿O no es así?

En cualquier caso, se acepte o no la tesis restrictiva expuesta en el párrafo precedente, según la LOTGC no se puede declarar la inadmisibilidad con menos de seis (6) votos, ni la admisibilidad con menos de 5 (y si se acepta la tesis del párrafo precedente, con menos de 6).

15. ¿DONDE ESTA, PUES, LA “ANALOGIA”?

No vemos, pues, en que procedimiento “analógico” sea susceptible de apoyarse la tesis de que con sólo tres votos —según aparentemente la sostiene el artículo analizado— procede la declaración de “constitucionalidad”.

Además, si desde el ángulo matemático, cuantitativo, según se acaba de comprobar, ninguna analogía permite llegar a la conclusión recusada; desde el punto de vista cualitativo, **ocurre que no hay analogía posible**, pues —y como también consta del propio texto de la LOTGC y ya se ha recordado— mientras,

a propósito del instituto procesal de la admisibilidad, se consagran, en forma textual y conceptualmente independientes, dos posibilidades: admisión e inadmisión; a propósito de las decisiones de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad, la misma LOTGC **no contempla la hipótesis** de una declaración de “constitucionalidad”, la que, por lo tanto, no es viable, independientemente del número de votos conformes que se alcancen. No existe, tampoco, concordando con lo expuesto, vía procesal para demandar declaraciones de “constitucionalidad”. La ausencia de la dicotomía, en lo que refiere al ámbito de la declaración de inconstitucionalidad, deja sin sustento cualitativo a todo propósito analógico basado en la reglamentación del instituto procesal de la inadmisibilidad, pues este sí señala, en forma perfectamente clara, según se ha explicado, una doble alternativa.

En resumen, puede decirse que la LOTGC no sólo no enfoca los temas de las declaraciones de inconstitucionalidad e inadmisibilidad de modo analógico, sino que los concibe de manera tan distinta que les da un tratamiento precisamente antitético. ¿O me equivoco?

16. ARGUMENTOS FINALES

La última serie de argumentos postula la necesidad de buscar (¿a cómo dé lugar?) la mayoría de los seis votos concordantes. En verdad, este enfoque parece estar en contradicción con algunos de los precedentes —si no con todos ellos—, pues supone, en efecto, el respeto de la regla que exige no menos de seis votos conformes para “resolver” la cuestión y que, precisamente, el TGC acató. Cuando, en efecto, después de citar al egregio maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se dice que, en todo caso, el TGC pudo “reservar la votación e impulsar el nombramiento del magistrado faltante, para someter, con éste, una vez incorporado, nuevamente la cuestión a votación, o comunicar el impase al Parlamento, como lo dispone el artículo X del Título Preliminar del Código Civil de 1984 . . . para subsanar legislativamente el defecto”, se está respaldando, precisamente, la conducta del TGC —**¿o no es así?— pues ésta**, en esencia, consistió en reconocer que, por falta de la mayoría legal, no podía, el TGC; “resolver la cuestión” mediante “sentencia”.

17. RECOGIENDO LOS HILOS

Antes de terminar, conviene agregar dos cosas: **La primera** — y aquí trataré de recoger algunos cabos sueltos y de articular, de modo unitario e integrado, aunque sintético, la tesis sostenida— es que, a mi juicio, la discusión generada en torno al “fallo-sin-sentencia” (por falta de los seis votos conformes), del TGC, carece de sentido y obedece a un espejismo que, a su turno, es producto de un enfoque, no por tradicional o clásico adecuado, que, a la postre, dado el carácter harto novedoso y realmente **sui-generis** del

caso, desnaturaliza el problema. En efecto, los dispositivos legales invocados en la nota comentada, **no dicen** que los jueces deban siempre culminar su augusto cometido mediante la emisión de “sentencias”. Sólo dicen (tanto el artículo VIII del T.P. del C.C. vigente, como el XXI del homólogo del derogado del 36’, el 23 de la LOPJ, el 233, inciso 6o., de la Constitución vigente, y las reglas concordantes de los códigos adjetivos), que los jueces **no dejarán de administrar justicia** por deficiencia u oscuridad de la ley. Eso es todo. La tesis criticada sería válida si la expresión “administrar justicia” fuese sinónima de la de “emitir sentencia”, y si, además, —en el contexto de esta polémica— emitir sentencia significase, necesariamente, pronunciarse sobre el fondo de la demanda, es decir, **emitir resolución de mérito que declarase fundada o no la acción**.

18. LAS PREMISAS FALLAN

Ahora bien, ninguno de estos prenotandos es cierto. La administración de justicia puede producirse y plasmarse, tanto en el ámbito civil como en el penal —para no hablar del “administrativo”, el “laboral”, etc.— mediante pronunciamientos que no resuelvan el fondo del problema y que, además, no sean, ni siquiera formalmente, sentencias. Piénsese, en lo penal, en los autos de sobreseimiento o de archivamiento, y, en lo civil, en los de abandono, o en los que —para abreviar— sancionando un desistimiento o una transacción, ponen punto final al juicio, **sin sentencia**. Por otro lado, como se sabe, hay sentencias que se limitan a declarar la “improcedencia” o, en su caso, la “inadmisibilidad” de la acción y que, por ello, no entran en el fondo de la cuestión controvertida. **En todos los supuestos mencionados, sin sentencia, o sin sentencia de mérito, la justicia —haya o no deficiencia u oscuridad de la ley— sí es administrada**, cualquiera que sea, por supuesto, el concepto que merezca el sentido de las correspondientes resoluciones judiciales, y la oportunidad en que las mismas se expidan.

19. INSISTAMOS: EL TGC SI ADMINISTRO JUSTICIA

Valga añadir que el pronunciamiento del TGC, no sólo administró, en esta perspectiva, justicia (se esté o no de acuerdo con el sentido de los votos de los magistrados), sino que, además, **realmente, “resolvió”, según ya se ha dicho** (mediante abstención *sui generis* o parcial, si se quiere), el problema práctico

planteado, pues dejó vigente la ley impugnada. **A este respecto, interesa tener presente la enorme diferencia que hay entre un juicio corriente de derecho civil (y, aun, de derecho penal, aunque la situación no sea, en verdad, exactamente la misma) y los planteados por las demandas de inconstitucionalidad**. En los primeros, se suele partir de “cero” —sobre todo tratándose de juicios “constitutivos”—, o de la “nebulosa” (en homenaje a la brevedad, no se profundizará, ahora, en los distinguos, por importantes que sean, entre juicios de cognición y de ejecución, declarativos y constitutivos, etc., etc.), y se busca el nacimiento, la modificación, o el ejercicio de un derecho, o, para abreviar, la precisión y la claridad en el ámbito de las situaciones o relaciones jurídicas. Si, por ejemplo, Juan pide alimentos a Pedro el Juez no puede concluir alegando que la ley no precisa si los debe o no —lo que equivaldría a “mandar por huevos a la otra esquina”—, sino que debe ordenar que los pague o que no los pague. Igual cosa sucede en un juicio, por ejemplo, de filiación, de cumplimiento de obligación de dar, de hacer o de no hacer, o de pago de soles. En estos casos, según se barrunta, si el Juez diera la llamada por respuesta o se abstuviera, el “cero” —la nada— o la “nebulosa” —la indeterminación— seguirían enseñoreándose en el discutido ámbito, y el legítimo anhelo de alcanzar la paz por el derecho se convertiría en utopía, pesadilla o comedia. Nadie sabría, en suma, qué le toca, a qué puede aspirar, ni qué es lo suyo. No habría administración de justicia, sino odisea kafkiana, y los órganos judiciales estarían de más... y habría —claro— que suprimirlos.

En los casos de las demandas de inconstitucionalidad, por lo contrario, no se parte ni de cero ni de la **nebulosa**, sino que se parte de una realidad firme, omnipresente y hasta opresiva: una ley debidamente promulgada y publicada. Por tanto, si el TGC no la declara inconstitucional, no hay nebulosa, ni cero, ni caos al cual retornar —ni “huevos a la otra esquina” por los cuales mandar— sino que se afirma la ley impugnada que sigue vigente. Así pues, por aparente omisión, **resulta que sí se administra justicia**,⁸ y ello sin violentar los esquemas legales ni los criterios pitagóricos de la LOTGC.

Piénsese, de otro lado, que en el TGC se obtuvieron los siguientes resultados: a), respecto de la computabilidad y validez de los votos nulos, cinco votos en contra de la ley impugnada (es decir, a favor de la demanda de inconstitucionalidad), y tres a favor de su validez; y que b), respecto de los “blancos”, el re-

8. Véase la nota precedente No. 5. “Administrar Justicia”, procesalmente hablando, no significa, por lo demás, ni **acertar** en el fallo ni **resolver el problema de fondo**, sino simplemente poner fin al proceso con arreglo a los límites y términos de las normas jurídicas (legales y constitucionales) que lo presiden e informan. La administración de la justicia constitucional, según nuestro ordenamiento, fuera de los supuestos de “inadmisibilidad”, “sustracción de materia”, “improcedencia”, etc., sólo permite, en los casos de las demandas de inconstitucionales de leyes o dispositivos semejantes, una de dos: o a), declarar fundada la demanda, y, por ello, inconstitucional la norma (total o parcialmente); o b), en su defecto, no alcanzándose seis votos conformes en tal sentido, declarar que la ley atacada sigue vigente, lo mismo que subsistente el derecho de volver a impugnarla, ya que no hay “cosa juzgada”. Obsérvese, de paso, en que en ambos supuestos sí se pone fin, aunque sea provisionalmente, al problema, y ello, además, sin dejar el caso en la nebulosa o la indefinición, sino con certeza, claridad y seguridad, según con mayor detalle se expone en el cuerpo del artículo anotado.

sultado fue la inversa: tres a favor de la demanda, y cinco en contra.

20. CURIOSA MATEMATICA: ¿3 = 5?

Ahora bien, lo que parece sostenerse —entre otras cosas— en el artículo examinado, es que, **en ambos casos**, se debió declarar infundada la demanda y constitucional el artículo impugnado de la correspondiente ley. Se pretende, pues, que en un caso, tres votos prevalezcan sobre cinco, y, en el otro, al revés, cinco prevalezcan sobre tres, y todo ello a propósito de una misma demanda y en una misma “sentencia”. Esto no parece comprensible y, a mayor abundamiento, no sólo violenta el artículo 8o. de la LOTGC —que exige, por lo menos, seis votos— sino que lleva a la conclusión de que: a) bastan tres votos para resolver las cuestiones que, según la LOTGC, requieren seis; b) el TGC puede —y debe— resolver por minoría, cuando no logre mayoría; c) el TGC puede declarar constitucional una ley, no obstante que no existe acción abierta para pedir tal cosa, sino sólo para, precisamente, lo contrario: pedir la declaración de inconstitucionalidad; y d) lo que parece más, pero mucho más grave, es que el TGC podría, también, **cerrar el camino para el replanteo de la acción**, mediante una sentencia, que pasaría en autoridad de “cosa juzgada”, conseguida por virtud de una minoría de tres votos y con todas las agravantes ya indicadas.

No se duda de que quienes ganasen —por virtud de esta matemática parda— el juicio con tres votos, podrían estar dispuestos entonar encendidos ditirambos en loor de la “sabiduría” del TGC; pero también es claro que, con sobrada razón, los perdedores, a quienes se diera, en tal predicamento, con las puertas en las narices y se arrebatará el derecho de replantear la acción, tendrían abierto el camino para acusar ante el Congreso a los Magistrados del TGC, no sólo por haber **resuelto** el caso de inconstitucionalidad con menos de seis votos (cometiendo, así, en su perjuicio, **prevaricato**, al fallar en contra del texto expreso de la ley), sino también por haber basado su sentencia en una minoría de tres votos⁹, no sólo con violación, otra vez, del texto expreso de la ley, sino, además, de toda regla de equidad y de toda norma supletoria, principio general de derecho o criterio matemático.

21. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LAS LAGUNAS

El TGC, en el fallo tan duramente criticado por el doctor AQL, por otro lado, sí aplicó los principios generales del derecho y las reglas analógicas y supletorias del CPC, la LOPJ y la Constitución del Estado. Pero lo hizo, justamente, en la medida en que ello fue

necesario para articular un pronunciamiento decisorio como el que emitió: En efecto, en la medida en que la LOTGC no era ni oscura ni deficiente, sino meridianamente clara (**y sin asomo de inconstitucionalidad**), se sometió, a ella y, en consecuencia, no alcanzándose los seis votos exigidos, **no resolvió** —formalmente, por lo menos— la cuestión de inconstitucionalidad; pero en la medida en que la ley no decía, por deficiencia o laguna, qué debía hacerse en tal predicamento, **sí se elevó a los principios generales del derecho y a las reglas analógicas de los sistemas supletorios y de mayor jerarquía, y dijo, consecuentemente, que no habiéndose conseguido los seis votos conformes, la regla legal atacada seguía vigente y que, por ende, subsistiría el derecho de replantear la acción. Un pronunciamiento tal, como ya se ha anotado, tiene la virtud de poner fin, provisionalmente, al problema planteado y de brindar, de ese modo, solución práctica, real y legal, a la situación; pero todo ello sin violar la ley.** Fue así como, llenando lagunas y superando deficiencias y oscuridades, el TGC administró justicia, es decir, la única que, en las circunstancias, podía administrar.

22. EL INCIDENTE DE CADUCIDAD

El último punto que debo tocar ahora se refiere al incidente surgido en la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra las leyes del desacato y del terrorismo, y que ha sido brevemente comentado líneas arriba. A propósito de ese tema, en el artículo examinado se sostiene que los votos de los doctores Silva Salgado y Basombrío Porras carecieron “completamente de todo sustento”; y que los de los demás magistrados, si bien acertados en su sentido, no precisan los fundamentos de la correspondiente decisión (aunque se hace, verdad es, una mención honrosa respecto de mi voto)¹⁰. Dicho lo cual, se argumenta en el sentido de que —¿o me equivoco?— el real fundamento de la no caducidad (por el simple hecho —como se recordará— del retiro de la firma de uno de los veinte señores senadores demandantes) radica en que el verdadero titular de la acción, una vez intentada y admitida la misma, “iniciada su andadura”— es el propio TGC.

23. SERA PARA OTRA VEZ

Estoy plenamente de acuerdo con la parte de la tesis que sostiene —como yo lo hice en mi voto, del mismo modo que, en mayoría, el TGC— que el propósito de retirar una de las firmas habilitantes de la demanda —y, aun, el retiro, en su caso, de la firma— no extingue la acción; pero no lo estoy **con todas las razones** en que se apoya dicha tesis, ni con las **consecuencias** que se atribuyen a las diferencias que distinguen a la **legitimatío ad processum** de la **legitimatío ad**

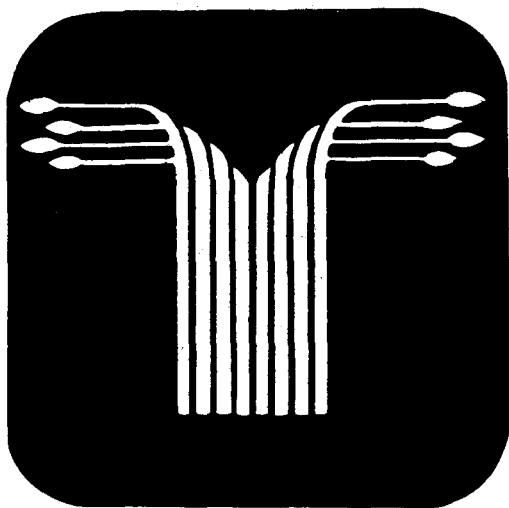
9. Aunque menos impresionante, el caso del fallo con sólo cinco votos sería igualmente ilegal y estaría igualmente expuesto a la crítica y a la acusación constitucional, si bien cinco votos no serían minoría sino mayoría.

10. Véase el correspondiente pasaje del artículo comentado del distinguido colega, reproducido líneas arriba, bajo el subtítulo de “En la Nuez del **Dubium**”.

causam, si bien es innegable que tales diferencias son reales e importantes. Y también creo —discrepando, otra vez— que, al igual que en las acciones constitucionales de **habeas corpus** y amparo (que también interesan, indudablemente, al orden público) cabe, en las demandas inconstitucionalidad (mientras una ley no lo prohíba, por supuesto, y dentro de las limitaciones propias de cada tipo de juicio o de acción), el desistimiento. Como el examen del tópico exige más espacio del que parece razonable tomar, pues este comentario ya ha crecido demasiado, baste recordar, por ahora, que los legitimados **ad-causam**, si no se legitiman **ad-processum**, no pueden promover ni sostener —directamente, por lo menos— acciones, ni participar en procesos, ni tampoco (de existir, in abstracto, el derecho de hacerlo) formular desistimientos. De otro lado, no parece haber razón para suponer que, por el mero hecho de existir, las demandas de inconstitucionalidad hayan de convertir a la Nación, al País, al interés público, o a todo ciudadano, en legitimados **ad causam** de las mismas. Si ello fuera así, cualquier acción de inconstitucionalidad, por infundada (o disparatada) que fuese, se haría acreedora —**ipso facto e ipso jure**— al privilegio del interés nacional, y también resultaría inmune, pese a su no improbable futilidad (que puede alcanzar ribetes de comicidad y aun de inverecundia), al piadoso remedio de un legítimo y saludable desistimiento; y, a la inversa, se haría obligatoriamente pasible de recibir y admitir, por vía de adhesión principal o coadyuvante, el apoyo de cualquier ciudadano, como si las deman-

das de inconstitucionalidad se regiesen por los mismos principios que las de "acción popular", cuando según es sabido, la ley les da tratamientos completa y marcadamente distintos y hasta antagónicos.

No se ignora que en algunas latitudes se prohíbe el desistimiento en cierto tipo de acciones constitucionales. Ello parece razonable, y tal vez convenga limitar o reglamentar los desistimientos correspondientes entre nosotros. Mas no parece que los eventuales límites y las reglamentaciones —o prohibiciones— deban ser meras consecuencias de las diferencias que median entre los institutos procesales de **legitimatío ad causam** y **legitimatío ad processum**, o entre las acciones de derecho común y las de tipo constitucional. Se antoja, antes por el contrario, que la temática es bastante más rica y compleja, y también que, **a priori**, no hay motivo para juzgar que jamás sean aplicables, en lo que se refiere a los hipotéticos desistimientos que pudieran formularse en las acciones constitucionales, las reglas de procedimiento normalmente aplicables, **mutatis mutandis**, en las acciones del derecho civil común. Al contrario, hay motivo para suponer que, en estas materias, han de ser más abundantes los parecidos procesales que las diferencias, y que, consecuentemente, los denominadores comunes han de brillar más, llegado el caso, por su presencia que por su ausencia. Y esta era la **segunda** cosa que quería agregar, según anuncié bajo el epígrafe de "Recogiendo los Hilos" (V. supra).



Trener

Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas

Humberto Medrano Cornejo

Profesor de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la PUC.

1. PODER TRIBUTARIO Y RELACION JURIDICA

La finalidad del Estado es lograr el bien común. Para conseguir ese propósito requiere de financiamiento que obtiene, esencialmente, de las economías de los particulares a quienes en uso de su poder tributario puede compeler para que le proporcionen los medios necesarios, todo lo cual genera una serie de vínculos entre acreedor y deudor que al ser disciplinados por el derecho dan lugar a la relación jurídico-tributaria.

Por lo tanto, dicha relación es el nexo que surge entre el sujeto activo (en principio el Estado) y el sujeto pasivo (una persona considerada de derecho privado) a quienes la ley atribuye, respectivamente, el derecho de exigir y la obligación de efectuar la prestación pecuniaria materia del tributo.

Desde luego, los derechos y obligaciones de las partes no dependen del arbitrio de una de ellas, por cuanto el vínculo entre ambas es —como se ha dicho— de naturaleza jurídica y surge exclusivamente por mandato de la ley.

El principio de legalidad (o de reserva de la ley) domina el Derecho Tributario. Las circunstancias que determinan el surgimiento de la obligación, la cuantía de la misma, el sujeto activo, el señalamiento del contribuyente, entre otros, son aspectos que deben ser materia de ley expresa.

Se trata, pues, de una relación de derecho donde el Estado moderno no es —a diferencia del príncipe— dueño de vidas y haciendas. Es cierto que el Estado tiene derecho a exigir de los particulares el sacrificio de parte de su patrimonio a título de tributo, pero ello debe efectuarse de la manera en que ha sido reglado a través de sus representantes por el propio pueblo obligado al pago. Esa manera se inicia en la Constitución y concluye —de acuerdo con su importancia— en la ley y sobre ciertos tópicos menores en medidas del poder administrador.

El artículo 1o. del Código Tributario señala que: “La relación que origina el tributo entre el acreedor y el deudor tributario es de naturaleza legal, de derecho público y exigible coactivamente”.

Nuestro Código no define el concepto de tributo sino que se limita a enumerar los gravámenes incluidos en ese “término genérico” (norma II del Título Preliminar) y a consagrar los principios generales de tal relación jurídica, en la que pueden distinguirse los elementos siguientes: el sujeto activo, el hecho imponible, el sujeto pasivo, y la prestación.

a) El sujeto activo

Es el acreedor en la relación; es la entidad que conforme a ley tiene derecho a exigir que los particulares sacrifiquen una porción de su patrimonio a título de tributo. En nuestro país tal sujeto activo por excelencia es el Estado, existiendo varios otros sujetos que lo son sólo de manera delegada, aún cuando se trate de entidades de carácter autónomo o autárquico (SENATI, FOPTUR, ITINTEC, etc.). Estos últimos son “entes tributarios menores”; es decir si bien se les considera como sujetos activos, ellos carecen de “soberanía financiera”, su calidad de tales puede quedar sin efecto en cualquier momento por mandato de la ley.

En los países de organización federal el carácter de sujeto activo alcanza de manera “originaria” a los diversos estados miembros de la federación ya que tal calidad le es atribuida directamente por la Constitución, de suerte que cualquier alteración del status jurídico tendría que pasar necesariamente por una modificación constitucional.

En nuestro país, de organización unitaria, el carácter de sujeto activo reposa exclusivamente en el Estado. Sin embargo, la Constitución vigente contiene dos casos singulares de sujetos activos que gozan de prerrogativa tributaria por mandato constitucional, aun cuando no se encuentran en el mismo nivel que el Estado.

En primer lugar debemos citar el caso de los Municipios que de acuerdo con el artículo 139o. de la Carta pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos o exonerar de ellos "conforme a ley". Es decir que tales Municipios no están constitucionalmente facultados para, por sí y ante sí, crear, modificar o exonerar tributos sino en tanto y en cuanto una ley del Congreso los autorice, ley que además debe establecer la cuantía, el hecho imponible, etc.

Como se sabe, la ley a que se refiere la Carta es la Ley Orgánica de Municipalidades, la misma que reserva al Parlamento la creación de impuestos, señala que las tasas de ciertos arbitrios serán fijadas por el propio Congreso, etc. En resumen, no tienen los Municipios "soberanía" en el sentido que estamos tratando de explicar aquí. Los Municipios pueden actuar como sujetos activos cuando lo señale el Parlamento y respecto de los extremos que éste fije a través de una ley.

No obstante, el artículo 257o. de la Constitución otorga a los municipios derecho sobre la recaudación generada por ciertos tributos, al indicar que son bienes y rentas de las Municipalidades: "Los tributos que gravan el valor de los predios urbanos y rústicos de su circunscripción; las licencias y patentes que gravan el ejercicio de las actividades lucrativas y profesionales; el impuesto de Rodaje; la contribución por peaje, pontazgo y mejora de las obras que ejecutan".

Si bien tales tributos tienen que ser establecidos por ley y pueden, asimismo, ser modificados por el Poder Legislativo lo cierto es que la Constitución ha fijado al sujeto activo señalando que sólo los municipios tienen derecho a ingresar lo que se recaude por los tributos indicados. En consecuencia, no sería constitucionalmente posible que el producto de los mismos sea apropiado por el Estado o destinado a una entidad diferente de los municipios.

Otro caso especial es el de la institución encargada de la seguridad social, ya que el artículo 14o. de la Carta precisa: "Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, bajo responsabilidad".

También en este caso dicha institución tiene asegurado el ingreso por las contribuciones de seguridad social. Digamos de paso que en nuestro país se ha adoptado un curioso temperamento respecto de esta contribución. Sin duda se trata de un tributo pero el Código le niega expresamente este carácter cuando

después de formular la relación de los mismos (párrafo 1o. de la norma II) señala que "las aportaciones de los regímenes que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, no están comprendidas en el párrafo anterior. . ." aunque más adelante el propio Código precisa (artículo 112o., párrafo 1o.) que el Tribunal Fiscal es competente para resolver en última instancia sobre las reclamaciones que formulen los contribuyentes respecto de tales contribuciones.

Nuestro Código considera como sujeto activo a "la entidad o persona acreedora del tributo" y señala que sólo el gobierno central, los gobiernos regionales y locales son acreedores de obligación tributaria así como las entidades del sector público con personería jurídica propia siempre que la ley les atribuya esa condición.

Interesa destacar que en el caso de los gobiernos regionales su carácter de entes menores fluye con toda nitidez de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 139o. de la Carta donde se establece que ellos ". . . pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos **con arreglo a las facultades que se les delega por ley**".

Como se advierte, la Constitución no les otorga soberanía tributaria sino que, por el contrario, subraya que su carácter de sujeto activo depende en última instancia de lo que decida el Poder Legislativo.

b) El hecho imponible

Naturalmente el legislador no señala nominativamente a las personas que deben cumplir con las prestaciones tributarias sino que se limita a puntualizar las circunstancias o hechos que en caso de ocurrir en la realidad hacen surgir la obligación de pagar el tributo.

Para Geraldo Ataliba: "una ley describe hipotéticamente un estado de hecho, un hecho o un conjunto de circunstancias de hecho y dispone que la realización concreta en el mundo fenoménico de lo que fue descrito determina el nacimiento de una obligación de pagar un tributo"¹.

Para denominar a tal circunstancia se ha popularizado la expresión "hecho imponible". Para el gran maestro brasileiro "hipótesis de incidencia" es la descripción en el plano teórico, en el plazo de la posibilidad aún no concretada, mientras que el hecho imponible es lo fáctico, lo que efectivamente ha acontecido en un determinado tiempo y lugar.

Nuestro Código Tributario se refiere a este aspecto esencial de la relación jurídico tributaria denominándolo en diversas formas, así por ejemplo: "Sólo por ley se puede. . . determinar el **hecho imponible**. . ." (Norma IV del Título Preliminar). "En vía de inter-

1. Ataliba Geraldo: "Hipótesis de Incidencia Tributaria", Lima 1987, p. 57.

prestación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o **supuestos distintos de los señalados en la ley**" (Norma IX del Título Preliminar). "La obligación tributaria nace cuando se realiza el **presupuesto** legalmente establecido para configurarla. . ." (Artículo 23o.). "A efectos de lo dispuesto en este título se entiende por deuda tributaria la que procede de un **hecho imponible**. . ." (Artículo 46o.).

Aun cuando, como se observa, nuestro legislador otorga distintas denominaciones a este importante elemento, todas ellas se refieren a lo mismo: el supuesto considerado en la ley que en caso de ocurrir en la realidad dé nacimiento a la obligación tributaria.

En consecuencia, si la hipótesis no se concreta y no se convierte en hecho, el sujeto activo carece de atribuciones para exigir la prestación tributaria; es decir que su carácter de tal sería meramente potencial por cuanto no existiendo hecho imponible no puede válidamente titularse acreedor.

Ahora bien, si a pesar de haber surgido la obligación el sujeto pasivo no cumpliera con la prestación debida nos encontraríamos frente a una conducta (evasión) que —de mediar dolo— puede conducir a lo que nuestro Código llama genéricamente "defraudación tributaria", tal como aparece de sus artículos 163o. y siguientes.

En cambio, no existiría evasión si es que los hechos no son "imponibles" es decir si lo fáctico no se ajusta a la hipótesis descrita por la ley. Ocurre como en el Derecho Penal donde el delito previsto y sancionado sólo es jurídicamente tal si el sujeto activo ha realizado u omitido el acto descrito por el legislador como ilícito penal; el hecho punible es descrito en la ley sancionatoria advirtiéndole que serán castigados determinados sujetos que se comporten de la manera que allí se tipifica. Así, por ejemplo, el artículo 212o. del Código Penal al referirse al delito de adulterio señala: "El cónyuge que cometiera adulterio y su cómplice serán reprimidos con prisión no mayor de 6 meses".

Como se advierte, para que exista delito es necesario que sea "el cónyuge" quien mantenga relaciones con un tercero de manera que ello supone la preexistencia de matrimonio. No cometería tal delito el conviviente.

De la misma manera, si una ley gravara "las ventas de automóviles que personas naturales efectúen a favor de sociedades anónimas", no habría lugar al tributo si en el mundo real una persona natural en lugar de vender aportara un automóvil a la constitución o aumento de capital de una sociedad anónima.

En este ejemplo es evidente que el hecho no es imponible porque la realidad ocurrida no tiene correspondencia con la descripción hipotética. Por lo

tanto, el Estado no habría adquirido la condición de sujeto activo y carecería de derecho para exigir la prestación y, correlativamente, el particular no habría sido convertido en sujeto pasivo.

Existe en doctrina una corriente que tiende a prescindir de las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes y que para establecer la existencia o no del hecho imponible toma en cuenta sólo el aspecto económico ("interpretación económica") que nuestro Código no admite al señalar que la interpretación no puede conducir a que las leyes tributarias se extiendan "a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley" (Norma IX).

En consecuencia, si la hipótesis es descrita de manera tal que incluye una cierta forma jurídica, no se convertirá en hecho imponible si es que no se presenta esa específica forma prevista en la ley. Cuando los particulares alcanzan un propósito determinado pero a través de un medio distinto al descrito en la hipótesis; es decir cuando "orillan" la hipótesis sin quedar incursos en ella se suele decir que estamos frente a una "elusión". Se trata, pues, de un medio que no da nacimiento a la obligación de tributar y que no implicando una conducta jurídica no resulta sancionable.

Por lo tanto, podemos afirmar que entre evasión y elusión existe la misma diferencia que entre aborto y control de la natalidad.

En efecto, el aborto supone eliminar una vida que ya ha surgido y constituye, por lo tanto, un delito que deberá ser reprimido. En la evasión la hipótesis se ha convertido en hecho imponible y, sin embargo, no se ha cumplido con la prestación debida, lo cual dará lugar a la exigencia fiscal más recargos e intereses.

En el control de la natalidad no surge vida y, en consecuencia, no hay vida alguna eliminada: no se trata de un delito, no es una conducta antijurídica, no habrá pena por imponer. En la elusión los particulares pueden alcanzar una cierta finalidad querida por ellos pero mediante un acto jurídico o una forma jurídica distintos a los específicamente previstos por el legislador como hechos gravados. No surge obligación de tributar y desde luego no se paga tributo alguno.

Para los efectos que aquí interesa reseñar sólo se toma en cuenta el aspecto jurídico sin que ello signifique formular ningún juicio de valor; esto es, sin postular una posición en el plano de la moral o en cualquier otro campo distinto al Derecho.

c) El Sujeto Pasivo

Es la persona de derecho privado o considerada como tal que por mandato de la ley resulta obligada al pago del tributo. Tal persona es de ordinario la que debe sufrir el impacto económico de la prestación.

Sin embargo, la peculiaridad del derecho tributario hace que en ocasiones la exigencia se dirija a un tercero que por encontrarse en una ubicación especial entre el acreedor y el deudor es señalado por la ley para cumplir materialmente con la obligación, aún cuando no sufrirá el "perjuicio" patrimonial que el tributo supone, ya que está en aptitud de exigir el reembolso de parte de aquel a quien la ley desea afectar. En otros casos dicho tercero debe comportarse como agente de retención entregando a la tesorería fiscal el monto del tributo aun cuando el importe del mismo lo extrae de las sumas que corresponden a quien, conforme a ley, debe sufrir el impacto de la prestación tributaria.

El artículo 3o. del Código Tributario señala: "Es deudor tributario la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable".

Como se advierte, para nuestra ley la condición de deudor (sujeto pasivo) abarca no sólo al contribuyente; esto es la persona respecto de la cual se cumple el hecho imponible y cuyo patrimonio (al margen de eventuales traslados económicos) debe soportar el impacto de la prestación, sino que la misma condición de deudor se atribuye a los terceros a quienes se califica como responsables; es decir, a quienes a pesar de no ser contribuyentes están obligados por la ley a responder por el cumplimiento de la prestación a nombre del contribuyente.

Para nuestro Código Tributario son contribuyentes "... las personas naturales o jurídicas y entidades que tengan patrimonio, ejerzan actividades económicas o hagan uso de un derecho que, conforme a ley, genere la obligación tributaria".

La definición adoptada permite identificar al contribuyente con la persona respecto de la cual se cumple el hecho imponible. En otras palabras, el contribuyente es la persona que el legislador ha previsto debe pagar el tributo en caso de materializarse en los hechos la circunstancia considerada por el legislador como hipótesis de incidencia.

Así, por ejemplo, si una ley estableciera: "La venta de inmuebles está sujeta al impuesto a las transferencias con la tasa del 3 o/o. El tributo a que se refiere esta ley deberá ser pagado por el vendedor".

En este caso no cabe duda que el vendedor tiene la condición de contribuyente, cumpliéndose el hecho imponible respecto de él. Sin embargo, si la misma ley agregara: "El impuesto deberá ser retenido del precio por el comprador y entregado al Banco de la Nación dentro de los 15 días siguientes al pago".

En este caso el contribuyente continuaría siendo el vendedor pero el comprador asumiría la condición de responsable. Obsérvese que ambos son calificados como sujetos pasivos, pero sólo uno de ellos (el vendedor) verá disminuido su patrimonio por efecto del tributo. Es él el contribuyente. El vendedor que debe "colaborar" obligatoriamente con el Fisco tiene la condición de responsable.

Sin embargo Villegas considera que es incorrecta la denominación de responsable que se otorga al tercero porque "todos aquellos a quienes la ley declara sujetos pasivos. . . son igualmente responsables. . . con prescindencia de si son o no los "realizadores" del hecho imponible".²

En otros casos la ley instituye responsables porque el contribuyente está imposibilitado de cumplir, por sí mismo, la obligación a su cargo; es decir que no obstante que el tributo lo afecta patrimonialmente, la obligación "material" debe ser satisfecha por el responsable. Así, por ejemplo, el Impuesto al Valor del Patrimonio Predial tiene como contribuyente al propietario del inmueble. Si tal propietario es un menor de edad o un enfermo mental, es claro que éstos no podrán cumplir personalmente con el mandato legal, el que deberán satisfacer a través de los responsables (padre, tutor, curador).

En caso de incumplimiento el Fisco puede dirigir su acción de cobranza contra el contribuyente o contra el responsable. Según veremos más adelante, los Directores en ciertas circunstancias tienen la calidad de responsables solidarios respecto de los tributos adeudados por la sociedad anónima.

d) La prestación

El objeto de la obligación tributaria es una prestación generalmente en dinero pero que también puede consistir en otros bienes si es que la ley así lo autoriza. Se trata siempre de una obligación de dar y nunca de una obligación de hacer. La obligación tributaria se cancela transfiriendo la "cosa" ordenada por la ley, de manera que no podría calificarse como tributaria la obligación de hacer el servicio militar o la de cumplir con la labor de ser miembro de mesa en los procesos electorales.

El artículo 27o. del Código Tributario permite al Poder Ejecutivo disponer el pago de tributos en especie. Esta autorización no resulta violatoria del principio de legalidad pues se entiende que la cuantía de la obligación debe ser fijada por la ley. Dicho de otra forma, frente a una obligación ya cuantificada por la ley el contribuyente —de ordinario— la cumplirá desplazando dinero al Estado. No existiría inconveniente para que el Poder Ejecutivo ordenara el pago por importe equivalente pero no en dinero sino en bienes,

2. Villegas Héctor: "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", p. 225.

tal como ocurrió hace algunos años con las empresas petroleras a quienes se exigió pagar el impuesto a la renta mediante la entrega de barriles de crudo.

2. LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANONIMAS

a) Antecedentes

Conviene destacar que antes de 1966 las leyes impositivas en nuestro país no atribuían responsabilidad solidaria a terceros por las obligaciones correspondientes a las sociedades contribuyentes. Tal responsabilidad es consagrada de manera general sólo a partir de la entrada en vigencia del Código Tributario lo que ocurrió a fines de dicho año, por lo cual carecería de base legal atribuir a terceros la calidad de responsables y exigirles el pago del tributo por hechos ocurridos antes que el Código Tributario resultara aplicable.

Así lo ha reconocido el Tribunal Fiscal (Resolución No. 17041) al señalar "... debe tenerse presente que la liquidación... corresponde al año fiscal de 1963... cuando regía la ley 7904 y dispositivos conexos ninguno de los cuales establecía la responsabilidad solidaria y por lo tanto el recurrente no puede ser compelido al pago...".

Sin embargo, tampoco el Código Tributario contiene una mención expresa a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, sino que ellos se encuentran incluidos en la denominación global de "representantes" a que se refiere el artículo 7o. inciso 2o. del citado Código. Dicha norma en su versión original establecía: "Son responsables solidarios: Los representantes por las deudas tributarias que dejen de pagar deliberadamente por sus representados respecto de los bienes que administren o dispongan".

En un primer momento la Administración apoyándose en la disposición transcrita comenzó a exigir a los directores el pago de los tributos no satisfechos por las sociedades, sin entrar a considerar la participación o no de determinados directores en la decisión de no pagar los tributos o de pagarlos por monto inferior al señalado por la ley. En otras palabras, para la Administración no era necesario que existiera dolo o culpa sino que se aplicaba la norma "objetivamente", prescindiendo de la intencionalidad ya que se consideraba que la sola circunstancia de haber sido director cuando la obligación debió ser satisfecha era suficiente para formular la exigencia a título de responsable.

Aún más, el director (que podría haber dejado de serlo hace algún tiempo) se enteraba de la pretensión fiscal en el momento que la entidad recaudadora lo notificaba para el pago, sin haber tenido la posibilidad de presentar pruebas de descargo o de alegar lo que creyera conveniente en su defensa.

La entidad administradora del tributo se limitaba a proporcionar los nombres de los directores al

Banco de la Nación para que éste procediera a la cobranza y hubo ocasiones en que simplemente comunicaba a dicho Banco el nombre de las sociedades deudoras y era la entidad recaudadora la que exigía el pago a los directores considerándolos responsables a pesar de no haber sido notificados con la liquidación, de no estar incluidos en ésta y de no haber sido declarados como responsables por la entidad acotadora.

Con frecuencia esta pretendida responsabilidad fue utilizada con criterio político, es decir, como un arma contra los adversarios del Gobierno de turno.

Se puso así en evidencia la razón que asistía a los autores del modelo del Código Tributario para América Latina (proyecto OEA/BID) quienes no recomendaban penas privativas de la libertad por "los caracteres políticos y administrativos de los Fiscos Latinoamericanos. En tales aspectos existen riesgos innegables de que el sistema no funcione eficazmente e, incluso, pueda ocultar móviles de discriminación entre los contribuyentes por razones políticas o deje de aplicarse a los infractores".

La jurisprudencia redujo "la objetividad" de la Administración y exigió el cumplimiento de mecanismos procesales básicos. Posteriormente —hace pocos años— la norma fue variada por el legislador a fin de "subjetivizarla".

b) ¿Deben los directores ser considerados como responsables?

Al respecto consideramos que en éste como en los otros casos la responsabilidad sólo debe atribuirse a quienes incumplen (o hacen incumplir) intencionalmente las obligaciones tributarias de sus representados. Por lo tanto, no puede establecerse a priori que por la sola circunstancia de ser director una persona inevitablemente debe ser considerada como responsable.

De otro lado, al verificar la situación del representante de una empresa debe analizarse la posibilidad que tuvo o no de conocer acerca de los adeudos tributarios de la sociedad y las actitudes que adoptó a la vista de ellos. Es sabido que los directores se reúnen muy pocas veces en el año y cada vez por un corto lapso. Obviamente con tan escasa participación en el manejo social resulta desmesurado, por decir lo menos, exigir a un director el pago de las obligaciones incumplidas por la sociedad, incumplimiento del que, eventualmente, podía no tener la menor noticia.

Es evidente que los directores por el sólo hecho de serlo no se convierten automáticamente en expertos en tributación. Aún más, un director puede ser elegido para el cargo en razón de su versación técnica sobre las materias que constituyen el giro de la empresa pero sin tener ningún conocimiento de cuestiones tributarias.

¿Por qué atribuir responsabilidad a un Director en tales condiciones? ¿Por qué atribuirle responsabilidad si es que en el examen practicado por auditores independientes no se ha hecho ninguna referencia a tales obligaciones? Si los asesores que, se supone, son expertos en la materia no detectan una omisión tributaria, no es razonable pensar que un director sí debió percatarse de la falta de pago de tributos. Es sabido que muchas veces aún los especialistas en tributación no pueden establecer con exactitud si en ciertos casos existe o no hecho imponible o si determinados beneficios o exoneraciones resultan o no aplicables a un contribuyente concreto.

En tales condiciones ¿qué razón valedera puede invocarse para atribuir responsabilidad solidaria a quien no sólo no conoce la existencia de incumplimientos impositivos sino que está imposibilitado de conocerlos? ¿En las empresas con comunidad industrial puede atribuirse responsabilidad a los directores representantes de los trabajadores?

Existen al respecto algunos ejemplos ilustrativos recientes. Como se sabe, los bancos por la naturaleza de sus actividades llevan a cabo numerosas operaciones que constituyen sendos hechos imponibles. Cuando los balances, cuenta de resultados, y demás documentos usuales son remitidos a los miembros del directorio es claro que deben haber sido revisados y encontrados conformes por las gerencias respectivas. Si los directores no perciben en tales documentos nada ostensiblemente irregular no se puede pretender atribuirles responsabilidad pues evidentemente en este caso concreto mayor responsabilidad incumbe a los ejecutivos encargados del área específica que dieron su conformidad a tales documentos. Sin embargo tales ejecutivos no son "representantes" de la sociedad y por ello no les alcanza responsabilidad tributaria.

Insistir en la responsabilidad de los directores significaría trabar la marcha de la empresa por cuanto obligaría a todos y cada uno de ellos —interesados en salvar su responsabilidad— a un estudio minucioso de cada uno de los instrumentos o situaciones que se presentaran a su consideración y a investigar sobre temas no sometidos a decisión del directorio pero que pudieran tener repercusión fiscal ya que dentro de la óptica "objetiva" allí donde hay un no pago correcto de cualquier tributo el director resulta responsable.

Hasta el menos observador tiene que percatarse que esta posición extrema conduciría a insalvables absurdos de manera que debe recusarse la posibilidad de establecer que ser director conlleva una responsabilidad automática. En una empresa determinada puede darse el caso que ciertos funcionarios específicos tengan a su cargo supervisar el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Imaginemos que en

una corporación importante exista un "gerente de impuestos" cuyo campo de responsabilidad sea precisamente cuidar el cumplimiento de todas las obligaciones tributarias de la empresa. En ese caso carecería de toda lógica pretender atribuir responsabilidad a los directores que aprueban un balance donde no se consigna "tributos por pagar" a pesar que en los hechos la empresa hubiera incumplido con sus obligaciones ya que existiendo un funcionario cuya tarea específica es cuidar que el pago de tributos esté al día, no cabe responsabilizar a quien no es experto ni tiene a su cargo esa área, por el mero hecho de ser director.

Por lo tanto, para que exista la posibilidad de atribuir responsabilidad a un director es indispensable que éste conozca de los adeudos tributarios, que se encuentre en aptitud de decidir acerca de su pago y que, sin embargo, opte por no disponer la cancelación de los mismos. Es decir que, en principio, debe tratarse de un incumplimiento consciente por parte de quien tiene competencia sobre la materia.

Sin embargo, no basta saber o decidir acerca del incumplimiento de las obligaciones tributarias porque aún en la hipótesis que un director supiera que efectivamente la empresa adeuda determinados tributos pero no los puede satisfacer en razón de la mala situación económica o financiera de la empresa ¿puede ser considerado responsable si emplea los escasos fondos de la sociedad a pagar los salarios de los trabajadores o el consumo de energía eléctrica para evitar una huelga, la "toma de la fábrica" o el corte del servicio?

Puesto en la disyuntiva de pagar al Fisco o pagar los salarios ¿puede considerarse responsable fiscal al director que vote en favor de pagar a los trabajadores o de pagar el servicio eléctrico?

Al respecto bien dice Freytes "Crear que el legislador ha consagrado la norma: El Fisco antes que nada, es incurrir en un serio error. La ley tributaria no puede exigir de un director más de lo que razonablemente éste puede hacer de acuerdo con la situación financiera de la sociedad y ante apremios coyunturales que es indispensable sobrepasar. Evitar ejecuciones de letras y paralizar pedidos de quiebra son medidas que debe tomar imprescindiblemente cualquier administrador y ello no puede acarrearle responsabilidad fiscal, salvo, claro está, que su actuación anterior no haya sido la que llevó a la empresa a la situación de crisis".³

Por lo tanto, creemos que los Directores sólo pueden ser considerados responsables si actúan a sabiendas, con animus de incumplimiento sin que existan situaciones que impidan el pago correcto de los tributos de que se trate.

3. Freytes Roberto Oscar: "Responsabilidad Tributaria de los Administradores de Sociedades Anónimas", Memorias de las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, p. 94.

Si no obstante conocer la existencia del hecho imponible, la exigibilidad de la consecuente obligación tributaria y a pesar de contar con los fondos suficientes, el directorio decide —por ejemplo— abonar retribuciones a sus miembros o disponer de otra forma de los recursos de la empresa en lugar de atender las obligaciones fiscales, sólo así podría considerarse la existencia de responsabilidad a los directores. En resumen, la responsabilidad no puede ser objetiva sino subjetiva. Al respecto resulta ilustrativo referirse a lo que ha ocurrido con el régimen de sanciones contenido en el Código Tributario.

Como se sabe, el artículo 146o. de dicho Código consagra el principio de la objetividad en materia de sanciones al señalar: “La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con penas pecuniarias”.

Como se aprecia, el Código prescinde del dolo o de la culpa, de la ignorancia o del conocimiento que sobre la materia pudiera haber tenido el infractor. Esta posición sólo es compartida por el Código Tributario del Brasil en cuyo artículo 136o. se establece: “Salvo disposición legal en contrario, la responsabilidad por infracciones tributarias es independiente de la intención del agente o del responsable”.

No obstante, como ya hemos señalado en otra ocasión⁴ es evidente que la posición objetiva no respondería a la realidad de nuestro medio, llegando el Tribunal Fiscal a señalar que en caso de duda razonable procedería dejar sin efecto los recargos, a pesar del mandato objetivo contenido en el artículo 146o. del Código Tributario.

Finalmente, se “subjetivizó” la posición con un texto que, en esencia, mantiene el actual artículo 155o. del Código Tributario que señala que no procede la aplicación de sanciones cuando la infracción resulta de la interpretación equivocada de una norma y siempre que el sentido de la misma haya sido debidamente aclarado por la entidad pertinente después de cometida la infracción.

Un camino similar ha recorrido la jurisprudencia al interpretar el inciso 2 del artículo 7o. del Código Tributario —en su versión original— pues se ha ido reduciendo a límites más razonables la responsabilidad que la Administración pretendía atribuir a los directores. Conviene recordar que dicha norma se refiere a quienes dejen de pagar los tributos “deliberadamente”. Es obvio que la expresión debía ser tomada como sinónimo de “intencionalmente”; es decir voluntaria y conscientemente. Sin embargo, en los primeros tiempos de aplicación de la norma las autoridades no analizaban este extremo y atribuían responsabilidad a los directores por el solo hecho de serlo, sin entrar a considerar la existencia o no de intencionalidad.

Por lo tanto, tuvo gran importancia la primera Resolución en que el Tribunal Fiscal interpretó la norma legal citada efectuando una precisión de sus alcances. En el informe que sustenta dicha Resolución se indica que “la palabra deliberadamente no puede interpretarse en su acepción puramente gramatical, o sea previa una discusión oral del asunto. Sin duda, el legislador ha querido referirse a la intención maliciosa que haya motivado dejar de pagar las deudas tributarias” (R.T.F. 7097 de 9.5.72).

Como se advierte, esta Resolución tiende a “personalizar” la responsabilidad y le otorga una carga de subjetividad al aludir a “intención maliciosa”. Quedó claro, entonces, que no bastaba ser director para ser considerado automáticamente como responsable por las deudas tributarias de la sociedad sino que se requería que en la condición de director se hubiera actuado con intención de no dar cumplimiento de manera correcta a las obligaciones impositivas.

A partir de la citada Resolución, el Tribunal Fiscal comenzó a perfilar el concepto insistiendo en que la intencionalidad era elemento indispensable. Así, en la época en que se permitía establecer la utilidad imponible de empresas por “auditoría interna”; es decir, sin revisar los registros, libros o documentos del contribuyente, el Tribunal señaló que el representante de una sociedad a la que se había acotado mediante ese procedimiento no podía ser calificado como responsable ya que “por la forma en que se ha practicado la acotación y de lo actuado en autos resulta que no se ha demostrado que ha habido intención maliciosa conducente a pagar menores impuestos que los que realmente correspondía” (R.T.F. 8713 de 19.9.73).

Obsérvese que en el caso referido aun cuando por una ficción jurídica pudiera llegarse a la conclusión que la suma establecida mediante ese procedimiento es la “realmente” debida, ello no puede conducir a que el tributo sea exigido al representante de la empresa a título de responsable porque, en rigor, tal representante no tenía posibilidad alguna de tomar conocimiento de que existiera algún tributo pendiente de pago, ya que la determinación fue efectuada mediante el procedimiento de auditoría interna. Este extremo recobra importancia ahora que nuevamente se permite la acotación por auditoría interna, de acuerdo con lo previsto por el Decreto Legislativo 412.

La “personalización” trazada por la jurisprudencia condujo a considerar como responsable solidario a quien había sido “director gerente y en otras épocas presidente del directorio” de la empresa contribuyente, estando probado que “incumplió con el pago del impuesto decidiendo la liquidación de la sociedad y retirando de ella el único bien de valor que poseía, reuniéndose así los requisitos para que opere la solidaridad” (R.T.F. 15444 de 28.9.79).

4. Medrano Cornejo Humberto: “Consideraciones sobre Recargos e Intereses en el Código Tributario”, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Volumen 7, p. 23.

Es obvio que en el caso descrito el responsable tenía la condición que se le atribuyó porque había actuado en la administración de la sociedad de manera directa, había tomado para sí el único bien de significación con que contaba la empresa y, adicionalmente, era titular del 96.4 o/o de las acciones representativas del capital social. En este caso resulta manifiesta la "intención maliciosa", determinante para generar responsabilidad.

En cambio, cuando el director no ha tenido posibilidad de conocer acerca de los eventuales adeudos tributarios el Tribunal ha señalado que no cabe la atribución de responsabilidad ya que "no hay prueba alguna acerca de que la recurrente haya tomado conocimiento de los mencionados S/. . . y, mucho menos, que haya actuado deliberadamente para dejarlos de pagar (por lo cual) tampoco procede atribuirle la responsabilidad solidaria prevista en el inciso 2 del artículo 7o. del Código Tributario" (R.T.F. 18020 de 25.11.83).

El sentido otorgado por la jurisprudencia armoniza con la Recomendación (Primera A) de las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, de acuerdo con la cual la responsabilidad: "Debería imputarse a las personas que en virtud de las funciones que desempeñan tienen facultades de decisión que incidan en la materia tributaria o el deber de controlar

la correcta administración de la empresa. En consecuencia no sería suficiente justificativo la mera calidad de representante o director".

Esta recomendación derivada de un evento científico tiene la máxima importancia y, debe haber influido en las decisiones posteriores de nuestra jurisprudencia. Es indudable que para atribuir responsabilidad es menester que la persona de la cual se trate tenga a su cargo la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas tributarias así como la atribución de decidir sobre el particular. Ello supone que debe estar en aptitud de conocer la existencia del adeudo. Por lo tanto, si el directorio de una empresa por considerar que no existe hecho imponible o que ello resulta dudoso por la oscuridad de la norma, decide el no pago después de consultar con sus abogados y obtener de éstos un informe en el sentido de que la empresa no está sujeta a dicho tributo, es evidente que no habría fundamento alguno para atribuir responsabilidad a los miembros del directorio.

En consonancia con lo expuesto nosotros consideramos que no puede atribuirse responsabilidad a los directores cuando resulta aplicable el artículo 155o. del Código Tributario que —como hemos indicado— señala que no hay lugar a recargos en los casos de interpretación equivocada de una norma cuyo sentido se aclara posteriormente o si ha existido dualidad de



COMPAÑIA DE SEGUROS

La Fenix Peruana

críterios. Ello es así porque cuanto si el propio legislador considera que en esos supuestos la empresa contribuyente si bien debe pagar el tributo no está sujeta a sanción alguna, con mayor razón no podrá atribuirse responsabilidad a los directores, ya que las circunstancias enunciadas ponen en evidencia que no ha existido ni podía existir intención maliciosa.

De otro lado, nos parece esencial subrayar que cumplidos todos los supuestos reseñados los directores a quienes puede atribuirse la responsabilidad son aquellos que ejercían el cargo cuando el tributo devino exigible y no aquellos que lo eran cuando se produjo el hecho imponible. Al respecto cabe recordar que según el artículo 23o. del Código Tributario que ya hemos mencionado en el acápite b) del punto 1, "la obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto legalmente establecido para configurarla".

En el Impuesto a la Renta, por ejemplo, tal presupuesto (renta imponible) se produce al cierre del ejercicio que, por mandato de la ley, es siempre el 31 de diciembre de cada año (excluyendo los casos de transformación o disolución) pero, sin embargo, el tributo no es exigible en esa fecha por cuanto el contribuyente dispone de 90 días para realizar el pago. Vencido este plazo es recién que el tributo resulta exigible.

Por lo tanto si en la empresa del ejemplo el directorio varía en enero del año siguiente al del hecho imponible, la responsabilidad no podría atribuirse a quienes eran directores hasta esa fecha sino a quienes desempeñaban el cargo en el momento en que la obligación se tornó exigible. Cuando los primeros dejaron el cargo el Fisco no podía todavía proceder a la cobranza por lo tanto el no pago del tributo no podría considerarse incumplimiento y, por ello, carecería de base legal cualquier pretensión de atribución de responsabilidad a los anteriores directores.

Sin embargo, recordemos que nuestro Código Tributario no se refiere específicamente a los directores sino considera como responsables a los "representantes". Cabe, entonces, preguntarse ¿son los directores representantes de la sociedad?. Es nuestra opinión que la respuesta es negativa. Expliquémosnos. Creemos que la representación de la sociedad descansa en "el Directorio" entendido como órgano colegiado de la sociedad. Ninguno de los directores aisladamente considerado representa a la sociedad, salvo claro está en casos en que los Estatutos hayan previsto atribuciones importantes a cualesquier director singularmente considerado o establezca, por ejemplo, determinadas facultades importantes para el gerente y señale que de iguales atribuciones gozan cada uno de los directores o, en fin, si de cualquier manera en casos puntuales pudiera sostenerse que existe tal representación singular.

Sin embargo, de ordinario, en la generalidad de los casos director no es sinónimo de representante. No existe disposición alguna que establezca esa ecuación. El artículo 162o. de la Ley General de Sociedades señala: "El directorio tiene las facultades de representación legal y de gestión necesarias para la administración de la sociedad. . .".

Aún más el artículo 172o. de la Ley General de Sociedades precisa que los directores estarán exentos de responsabilidad "si hubieran salvado su voto en los acuerdos que causaron daño, pudiendo dejar constancia en la propia acta o mediante carta notarial".

Esto supone como previo requisito esencial que exista un acuerdo del órgano colegiado; una decisión del directorio que cause el daño o en el caso que nos ocupa sería dejar de pagar o pagar en forma diminuta los impuestos adeudados por la sociedad. No debe llevar a confusión lo dispuesto en el mismo artículo según el cual "los directores desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal. . .".

Este texto se refiere sin duda al comportamiento que debe mantener el director, a su actitud en el seno del órgano donde debe tener como norte velar por los intereses de la sociedad. Debe ser, de un lado, diligente y, por otra parte, leal. Pero ese artículo no lo declara ni convierte en representante de la sociedad.

De ordinario por su solo título de director una persona no puede salir a juicio a nombre de la empresa, contestar una demanda, no puede tampoco presentarse a pagar tributos o a interponer reclamación ante las autoridades impositivas. No puede por sí solo girar cheques contra las cuentas corrientes de la sociedad ni aceptar o girar letras de cambio o librar pagarés a nombre de ella o abrir y cerrar cuentas en los bancos o solicitar créditos, etc. Si ello es así, el director —singularmente considerado— no tiene la condición de representante de la sociedad y por lo tanto no se le puede atribuir responsabilidad solidaria.

El representante de la sociedad es el Directorio y por lo tanto es este órgano el que debe haber actuado con intencionalidad, lo cual supone demostrar que el incumplimiento tributario deriva de un acuerdo, de una decisión del representante que es el ente colegiado.

Para Garrigues "... el órgano de administración de la sociedad anónima está investido de la representación orgánica de esa sociedad. . ."⁵ y entre nosotros Montoya Manfredi señala que "la ley conjuga las funciones de administración y representación que corresponden al directorio".⁶

Por otra parte, debe recordarse que el texto atribuye responsabilidad a los representantes respecto de

5. Garrigues Joaquín: "Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas", p. 27.

6. Montoya Manfredi Ulises: "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles", p. 286.

los bienes que administren o dispongan. Ningún director, aisladamente considerado, puede administrar o disponer de los bienes de la sociedad. Por lo tanto no se le puede atribuir responsabilidad, salvo que medie —según lo dicho— acuerdo o decisión del directorio.

Dentro de esta óptica es seguro que mayor calidad de representante de la sociedad tiene el gerente aunque —desde luego— habría que analizar los Estatutos de cada sociedad en concreto. Por lo tanto consideramos un error pensar de inmediato en los directores como responsables ya que su actuación de administradores tiene frecuentemente carácter meramente decorativo y resultan nombrados para cumplir con una formalidad. ¿Qué pueden administrar los directores a quienes la ley sólo obliga a reunirse una vez al año?.

Finalmente, si los directores deben responder solidariamente por las obligaciones tributarias de la empresa (si se dan todas las circunstancias requeridas) resulta interesante indagar sobre las consecuencias que se derivarían para tales directores si la empresa contribuyente está obligada a efectuar la prestación tributaria en especie en la forma que señalamos en el acápite d) del punto 1.

Al respecto, imaginemos el caso de una empresa petrolera obligada a pagar el tributo sobre la renta entregando al Estado —físicamente— determinada cantidad de barriles de petróleo crudo. Si se pretendiera —por responsabilidad— exigir a los directores el cumplimiento de la obligación en forma idéntica a la que correspondía a la empresa contribuyente nos encontraríamos frente a un imposible jurídico ya que a tales directores se les estaría exigiendo una prestación que se sabe no podrán cumplir; es decir que de insistirse en una prestación idéntica tales directores estarían en la imposibilidad de satisfacer la pretensión fiscal.

Pero, de otro lado, no resultaría justo que en tal caso no se les pudiera atribuir responsabilidad a los directores. Como ya dijimos en el citado acápite d), la determinación de la cuantía del tributo es un aspecto reservado al legislador. El Poder Ejecutivo puede disponer que ese mismo monto se pague en especie. Si por la naturaleza de la “cosa” materia de la prestación es imposible que los directores puedan tener acceso a ella, nosotros consideramos que la exigencia tendría que serles formulada a través de liquidaciones giradas en términos monetarios por el importe consignado en la ley, aunque la “cosa” resulte distinta a la prevista por el Poder Administrador al disponer el pago en especie.

c) La Garantía Procesal

Como expresáramos en el punto a) “Antecedentes” cuando las autoridades comenzaron a atribuir responsabilidad solidaria, la entidad acotadora se limitaba a indicar los nombres de los directores que por ese solo hecho eran considerados responsables y ocurrió, en algunos casos, que el propio Banco de la Na-

ción de oficio ubicaba y notificaba a los directores a pesar que el nombre de ellos no figuraba en las acotaciones.

Al director se le presentaban, así, los hechos consumados sin haber tenido siquiera la posibilidad de argumentar a su favor o de impugnar la acotación. La injusticia y arbitrariedad del procedimiento descrito no necesitan demostración.

Sobre este extremo las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario señalaron (Recomendación 3ra.): “Sin perjuicio de los procedimientos administrativos que cada ordenamiento jurídico establezca para la determinación del tributo o para la revisión de los actos administrativos, deberá reconocerse siempre al responsable la posibilidad de recurrir a la vía judicial con las más amplias garantías de alegación y defensa y sin que se le exija el pago previo de los importes reclamados por la Administración”.

De nada serviría la exigencia de “intención maliciosa” si no se otorga a los directores la posibilidad de defenderse; es decir si la “intencionalidad” es definida y decidida por las autoridades tributarias sin escuchar siquiera a tales directores. La actitud de la Administración provocó las reclamaciones de los afectados produciéndose diversas Resoluciones del Tribunal Fiscal que han contribuido a esclarecer las fórmulas procesales que deben cumplirse. De acuerdo con tales Resoluciones es indispensable que la atribución de responsabilidad solidaria sea efectuada por la entidad acotadora, de manera que no puede la entidad recaudadora dirigir su acción de cobranza contra persona distinta a la consignada en la liquidación fiscal.

“Que por tanto, el acto mediante el cual el Banco de la Nación solicita y consigue que en el procedimiento seguido a la compañía. . . se dirija la cobranza. . . a un tercero a quien le atribuye la condición de responsable solidario, adolece de nulidad. . .” (R.T.F. 13718).

De otro lado, si la intencionalidad —como hemos dicho— resulta esencial, la persona a la que se sindicaba como responsable debe tener la oportunidad de defenderse para lo cual debe ser notificada con la acotación respectiva, indicándose las razones en que se basa la Administración para atribuirle responsabilidad.

“Que. . . la Administración Tributaria debe notificar al presunto deudor solidario con las liquidaciones correspondientes a fin de que éste pueda ejercitar su derecho a la reclamación, si no considerara arreglada a ley la responsabilidad que se le atribuye” (R.T.F. 15192).

De acuerdo con ello, el director a quien se sindicaba como responsable debe contar con las mismas garantías que el Código otorga a las empresas contribuyentes, de manera que tendrá el plazo de 30 días útiles para interponer reclamación sin que deba pagar el monto acotado ya que, como se sabe, si el recurso se

presenta en tiempo hábil no opera la regla "solve et repete"; asimismo, dispondrá del término probatorio previsto en el artículo 124 de dicho Código y, llegado el caso, podrá apelar ante el Tribunal Fiscal, etc.

d) El nuevo Texto del Inciso 2o. del Artículo 7o. del Código Tributario

El Decreto Legislativo 300 modificó la norma citada señalando que tienen la condición de responsables solidarios: "Los representantes por las deudas tributarias que dejen de pagar **maliciosamente** por sus representados, respecto de los bienes que administren o dispongan".

Como se aprecia, el texto ha sustituido la palabra "deliberadamente" por la palabra "maliciosamente". Es nuestra opinión que con ello el legislador ha querido acentuar la necesidad del carácter subjetivo del incumplimiento para que éste pueda dar origen a la responsabilidad. Si bien "deliberadamente" es con premeditación, "maliciosamente" es con "malicia" y ésta es "calidad de malo, inclinación a lo malo y contrario a la virtud; calidad que hace una cosa perjudicial".

Se exige, pues, no sólo que exista intencionalidad sino que ésta se encuentre guiada por el ánimo de perjudicar. Si no fuera porque tal carácter debe ser apreciado —por lo menos en principio— por la Administración y el Tribunal Fiscal, podríamos afirmar que el legislador exige que los representantes se hayan colocado, por lo menos, en el umbral del dolo.

Esto tiene importancia porque corresponderá a la Administración aportar las pruebas de tal conducta de un director, de manera que —con mayor razón que antes— no bastará el simple incumplimiento objetivo de la obligación por parte de la sociedad sino que ello tiene que deberse a una actitud intencionalmente perjudicial de los directores de la misma.

Con posterioridad a la modificación del texto, el Tribunal Fiscal ha declarado nula e insubsistente la Resolución de Primera Instancia que "no ha efectuado las verificaciones pertinentes destinadas a probar la existencia de deliberación y malicia al dejar de pagar la deuda tributaria" (R.T.F. 19964 de 10.12.86).

Sin embargo, la Dirección General de Contribuciones en pronunciamientos recientes (véase, entre otras, las Resoluciones Directorales Nos. 00427 y 00422 de 26 de febrero de 1987) señala que los directores de una sociedad son responsables por las deudas tributarias a cargo de ésta porque: "**El directorio** tiene las facultades de representación legal. . . de conformidad con el Artículo 162 de la Ley General de Sociedades. . .".

"El directorio. . . tenía por costumbre llevar a cabo sus sesiones con frecuencia por lo que el recurrente no puede alegar desconocimiento de las omisiones tributarias. . .".

Como se aprecia, la entidad acotadora de un lado hace bien al referirse al directorio como "representante" de la sociedad, pero —evidentemente— viola el Có-

digo Tributario al limitarse a señalar que el director reclamante "no puede alegar desconocimiento de las omisiones. . .", siendo así que tanto el Código como la jurisprudencia exigen que la entidad acotadora demuestre que el director ha actuado con deliberación y malicia, probanza que evidentemente no se da con la simple afirmación de que los directores no podían ignorar los adeudos tributarios de la sociedad porque se reunían con frecuencia.

Para desvirtuar tal fundamento bastaría con señalar que en ninguna de las reuniones "frecuentes" los directores trataron acerca de los adeudos tributarios, de manera que la presunción fiscal carece de sustento.

Permitir que con el argumento esgrimido por la entidad acotadora se atribuya responsabilidad solidaria a los directores importaría un serio retroceso en este campo que, en el improbable caso de prosperar, induciría a muchos directores a renunciar a sus cargos porque podrían verse comprometidos sin razón alguna en obligaciones cuantiosas.

Resulta curioso anotar que mientras el Tribunal "subjetiviza" la responsabilidad de los directores, la entidad acotadora utiliza criterios "objetivizantes" ya que resulta ajeno a la lógica y al derecho atribuir responsabilidad a los directores sosteniendo que ellos "debían tener conocimiento de los adeudos" cuando lo que corresponde es que las autoridades tributarias prueben que los directores tenían tal conocimiento y que intencionalmente y con fines perjudiciales decidieron el no pago. Las resoluciones comentadas equivalen a sostener que asumir el cargo de director importa haber decidido no pagar los tributos.

El Tribunal Fiscal ha sido muy claro al señalar que "la responsabilidad tributaria no puede presumirse sino que debe ser consecuencia del examen de la actuación del representante que acredite su participación en la decisión de no pagar los tributos adeudados. . ." (R.T.F. 19886).

Con una interpretación de este corte, sumada a la necesidad de notificar al director y al innegable derecho que le asiste de reclamar utilizando todas las garantías que otorga el Código Tributario, nosotros consideramos que de producirse la notificación fuera del término para la prescripción el director puede invocarla para oponerse a la cobranza.

Por tales razones preocupa la forma en que el Tribunal Fiscal se ha pronunciado en la Resolución 19886, citando el artículo 1196 del Código Civil según el cual "los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los deudores solidarios. . . surten efectos respecto de los demás deudores. . .". Allí parece llegarse a la conclusión que notificada la sociedad contribuyente e interrumpido por lo tanto el término prescriptorio que venía corriendo en favor de ella tal notificación interrumpe también la prescripción que favorecía al director a quien se atribuye responsabilidad.

Obsérvese que si bien la cita del Código Civil no es impertinente en tanto que puede aplicarse supletoriamente de acuerdo con la norma X del Título Preliminar del Código Tributario, debe tomarse en cuenta que la solidaridad en materia civil tiene connotaciones distintas de la regulada específicamente para el campo tributario. En efecto, hemos señalado insistentemente que de acuerdo con la doctrina, con nuestra ley positiva y la jurisprudencia, los directores no pueden ser considerados responsables solidarios en forma automática, por el solo hecho de haber sido elegidos como tales, sino que la entidad acotadora debe demostrar que han actuado con intencionalidad maliciosa.

De ello se sigue que el simple incumplimiento tributario de la sociedad no convierte a los directores en responsables solidarios y que, por lo tanto, la notificación a dicha sociedad no puede interrumpir la prescripción que podría estar corriendo en favor de tales directores. En efecto, si el principio es que la interrupción de la prescripción respecto de un deudor solidario la interrumpe para los demás ello supone como requisito previo que el director tenga la condición de responsable solidario. Por lo tanto la notificación a la empresa interrumpirá la prescripción que corra para el director si él ha sido previamente calificado como responsable solidario. Para los fines de tal calificación —como ya se indicó— se debe poner en su conocimiento la resolución que le atribuye esa calidad la misma que para surtir efecto tiene que ser cursada dentro del plazo de prescripción.

Por lo tanto consideramos que es erróneo aplicar la regulación del Código Civil para el caso que nos ocupa. La solidaridad a que se refiere dicho Código es "originaria"; esto es el responsable conoce de su condición desde el principio por haber asumido una deuda en esa calidad (contratista y subcontratista en el contrato de obra, los fiadores; los mandantes plurales frente al mandatario común, etc.). En cambio la responsabilidad del director está supeditada a que se acredite que efectivamente actuó con la intención maliciosa que le atribuye la Administración, la misma que debe notificarlo a fin de que el interesado pueda alegar lo que creyera conveniente a su derecho.

Es indiscutible que tal notificación tiene que efectuarse dentro del plazo prescriptorio a que se refiere el artículo 39 del Código Tributario porque de lo contrario se llegaría a la absurda conclusión de que no corre el término prescriptorio respecto de quien dejó de ser director hace mucho tiempo, sólo porque

las autoridades notifican a la empresa y a pesar que el ex-director no tenga noticia alguna sobre la pretensión fiscal. Si ello fuera así carecería de sentido la exigencia de poner la obligación en conocimiento del presunto responsable.

De prosperar este temperamento bastaría que la entidad acotadora notifique a la empresa para que ello interrumpiera la prescripción respecto de personas que ignoran la responsabilidad que se les puede atribuir y a las que tal entidad podría ni siquiera haber identificado.

En cambio, la posición que se infiere de la resolución sí podría ser aplicable, por ejemplo, a los condóminos de un inmueble respecto del Impuesto al Valor del Patrimonio Predial originado en dicho inmueble. En este caso se trata de co-contribuyentes donde la responsabilidad es solidaria en forma "original" y donde, por lo tanto, la notificación a cualesquiera de tales condóminos interrumpe la prescripción que venía corriendo en favor de los demás.

La misma tesis podría aplicarse respecto del curador y curado con relación a los tributos en que éste es contribuyente o entre el sujeto pasivo de derecho y el agente de retención que no cumplió con practicar tal retención.

En todos estos casos resulta pertinente remitirse al artículo 1196 del Código Civil, pero tratándose de los directores la norma es manifiestamente inaplicable porque la solidaridad de éstos está supeditada a la concurrencia de la serie de requisitos que hemos enunciado lo que debe ser materia de investigación y probanza por la entidad acotadora.

Sostenemos, por lo tanto, que de acuerdo con el Código Tributario y con la jurisprudencia, la notificación a la sociedad deudora o a ciertos directores de esa sociedad no interrumpe la prescripción que pudieran favorecer a otros directores que no han sido notificados ya que, en principio, no existe responsabilidad solidaria; ésta no es inevitable sino que necesita ser declarada después de escuchar en el proceso a la persona a quien se le atribuye. El derecho del Fisco a exigir el pago a los directores prescribe, individualmente, respecto de cada uno de ellos, quienes deben ser notificados personalmente porque pueden ser distintas las razones que cada uno de ellos alegue para demostrar que no actuaron con la intención maliciosa que es el supuesto esencial exigido por la ley para la atribución de responsabilidad solidaria.

De los actos de comercio a la noción jurídica de empresa en la realidad peruana

Pedro A. Flores Polo

Gerente General de la Cámara de Comercio de Lima.

Uno de los temas más apasionantes que existen hoy en los campos del Derecho Económico, Derecho Empresarial y Derecho Comercial es el problema del concepto y definición de la "empresa", su naturaleza jurídica y los fundamentos jurídicos de la "empresa" como institución. Como acota el maestro venezolano Alfredo Morles Hernández, a nivel mundial ni siquiera existe uniformidad en la terminología que utilizan los autores al referirse a la "empresa". Hay —dice— notables excesos conceptuales donde los autores abusan de las concepciones abstractas, a tal extremo que algunos expertos, como el venezolano Mármol Marquis, citando a Asquini, concluye en que: "pudiera suceder que el lector terminara por preguntarse si la empresa realmente existe". Agréguese a ello las corrientes de unificación del Derecho Mercantil al Derecho Civil, o a la inversa, que permiten tomar como eje conceptual al "acto de comercio".

En este artículo, partiendo del estudio de la realidad peruana, exponemos algunas reflexiones con la finalidad que sirvan como un punto de partida para intentar una solución a un problema que en nuestro país también es objeto de agudas divergencias, pero que en nuestra opinión se contrae a cuestiones de forma y no de fondo, porque para nosotros la empresa existe como realidad y como instituto jurídico desde muchos años atrás, a tal punto que la "comunidad laboral" que dejaron los militares en la última dictadura (1968-1980) es una de las expresiones más peruanas de la llamada "reforma de la empresa". Las bases jurídicas de la empresa en el Perú están perfectamente establecidas en la Constitución de 1979.

1. DE LOS "ACTOS DE COMERCIO" A LA NOCIÓN DE "EMPRESA"

La noción jurídica de "empresa" nació con los actos de comercio y circunscrita a la "empresa mercantil", o sea, la actividad económica jurídicamente organizada que tenía por objeto la circulación de la riqueza. Así la recibió nuestro Código de Comercio de 1902, copiándose los fundamentos del Código Español de 1885, considerando a la riqueza misma

como elemento necesario para la intensificación de la industria, de la producción y del consumo, según acota nuestro distinguido maestro, Andrés León Montalbán.

Si nos remitimos al Código de Comercio de 1902, en el artículo 1o., cuando se trata sobre quiénes son "comerciantes" y se habla de: "Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código"; y cuando en el artículo 2o., in fine, se dice: "Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y **cualesquiera otros de naturaleza análoga**", ahora, 85 años después, en 1987, podemos advertir cómo el legislador de aquel entonces intuía el formidable desarrollo que iba a adquirir el comercio como fenómeno económico cuyas proyecciones ya no se limitarían al simple intercambio de bienes y servicios con propósito de lucro, sino que ya en aquel entonces abarcaba a "las industrias", o sea, las empresas encargadas de la transformación de la riqueza, y a muchas otras formas de actividades productivas que tienen relación con los diversos procesos del fenómeno económico, de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio, respecto del artículo 2o., sobre el problema de la determinación de cuáles son los actos de comercio y cuáles no, decía: "Verdad es que el concepto que ha formado del Derecho Mercantil el nuevo Código, exige para su completo desarrollo la determinación, por parte del legislador, de una regla o patrón que sirva de criterio a los particulares, y a los tribunales para decidir en cada caso concreto lo que debe entenderse por acto de comercio. Pero esta determinación constituye uno de los problemas más difíciles de la ciencia moderna. Así, la Comisión ha ensayado la redacción de varias fórmulas, fundadas unas en el sistema de una definición científica, y calcadas otras en la idea de una enumeración de todos los actos comerciales. Este último método, seguido por el Código Italiano, aun en el supuesto de que fuera completa la lista de las operaciones mercantiles, ofrecería siempre el inconveniente de cerrar la puerta a combinaciones hoy des-

conocidas, pero que pueden fácilmente sugerir el interés individual y el progreso humano, según atestigua elocuentemente la historia de los últimos cincuenta años. Y en cuanto al primer método, sobre que ya es antiguo dogma jurídico, que toda definición en Derecho es peligrosísima, la discusión de cuantas fórmulas han sido presentadas, ha puesto en relieve que en sus términos generales se comprendían actos de la vida civil, que en manera alguna caben en la categoría de comerciales. La Comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica; pero tan comprensiva, que en una sola frase enumera o resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible, que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir. Acontece a menudo que es muy difícil, por no decir imposible, abarcar en una definición o en una clasificación hecha a priori, un orden determinado de fenómenos o hechos jurídicos que, sin embargo, es cosa fácil clasificarlos a posteriori, y distinguir su verdadero carácter a medida que se van presentando. Ni los tribunales, ni los comerciantes han vacilado en calificar de actos de comercio las nuevas combinaciones y efectos mercantiles inventados en los últimos tiempos, cuando realmente han tenido ese carácter; y por esto la Comisión, fiando más que en la ciencia, en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio, todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga; dejando la calificación de los hechos, según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados¹.

La misma disyuntiva que se les planteó a los que elaboraron la Exposición de Motivos del Código de Comercio en 1902, se les presenta ahora a quienes buscan los fundamentos jurídicos de la "empresa" a nivel mundial, en 1987, con la diferencia sustancial de que hoy nadie discute en lo relativo a la realidad peruana que el marco de la empresa comercial le ha servido de referencia a la empresa en general para que construya su estructura y normativa y vaya elaborando su teoría general de relieve jurídico y con marcado corte económico.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido precisando desde 1902 qué negocios entran en el marco del artículo 1o. del Código de Comercio, y se ha ido pasando de una posición mercantilista y muy limitativa, donde una empresa agrícola o inmobiliaria, o ganadera, no podía calificarse como de naturaleza jurídico-mercantil, hasta la fecha, en que nadie se preocupa de estas disgresiones de tipo tradicionalista, y por tanto, superadas, porque la realidad es poderosa y supera a la ley, la misma que decae y muere, ante nuevos requerimientos de la dinámica socio-económica. En 1902 no se podía concebir que entre los actos de comercio se incluya el negocio de

una sociedad anónima con el objeto de prestar servicios profesionales de cirugía cardio-vascular o de neuro-oftalmología; o de comercialización mayorista de un grupo de fabricantes; o de una empresa dedicada a la recuperación de minerales; o de una sociedad anónima que explote el giro de bingos o juegos de azar o esté afecta al pago de licencias especiales de policía y que pague impuesto a la renta bajo cifras estimadas. **En forma inconsciente se ha venido consagrando la idea de que todo aquello con carácter mercantil tiene contenido empresarial cuando se practica de modo habitual, organizado, bajo una estructura legal determinada.**

La evolución del concepto de "acto de comercio" nos permite sostener que en nuestro país el Derecho Mercantil se ha venido enfocando desde el punto de vista de la empresa para desembocar en la actualidad ante una realidad típicamente empresarial que sigue dos grandes modalidades: 1) empresario individual; 2) empresario colectivo.

2. EL "FACTOR HUMANO", EL "FACTOR CAPITAL" Y EL "FACTOR POLITICO" EN EL CONCEPTO ACTUAL DE "EMPRESA"

La función económica del "empresario" —afirma el maestro mexicano Mario Bauche García Diego— es la de "organizar los elementos de la producción" (capital y trabajo). La importancia de esta función es tan grande que se ha llegado a afirmar que el "único factor de la producción es el empresario", mientras que el capital y el trabajo son simples medios de la producción¹. Compartimos la primera premisa; discrepamos absolutamente de la segunda; y queremos completar el esquema, a nuestro modo de ver, añadiendo el "factor político" como uno de los elementos que, en nuestra realidad, componen el proceso productivo mirado a la luz del concepto jurídico de empresa. Este aspecto "político" debe entenderse como el marco institucional donde actúa el empresario; donde se desarrolla la empresa. Economía social de mercado, según nuestra Constitución.

Pasada la 2da. Guerra Mundial y sobre la base del extraordinario desarrollo de la sociedad anónima y de negocios que en torno a ella pueden explotarse, organizarse y desarrollarse, se advierte que el listado de comercio de bienes y servicios traspasa los límites de la circulación de la riqueza y entra a otros campos de la actividad económica, involucrando fenómenos de explotación de recursos naturales en la fuente de producción, como la actividad minera en sus múltiples formas hasta actividades de circulación que abarcan muchos países y continentes, dando forma a las "empresas multinacionales de transporte, financieras, servicios, tecnológicas, etc. Hemos pasado del acto de comercio (1902) a la "unidad de producción" (1987).

Pero la noción de empresa que estaba subyacente en el acto de comercio, con el transcurrir del tiempo,

1. Bauche García, Diego Mario: "La Empresa". Ed. Porrúa S.A., México 1977.

desde 1902 a la fecha, ha ido tomando otros elementos del proceso productivo que le han marcado profunda huella en su contenido conceptual, como son los elementos: 1) capital; 2) trabajo; 3) recursos naturales; 4) marco político e ideológico. Suficiente con revisar los subtítulos del Título III del Régimen Económico de nuestra Constitución Política, del artículo 110o. al artículo 163o. Se trata sobre los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, la moneda y la banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas. Todos estos rubros están referidos, de un modo u otro, al contenido conceptual de la empresa.

Haciendo una revisión rapidísima del tratamiento del "factor trabajo" y del "factor capital" antes de la Constitución de 1979, apreciamos que en el Código de Comercio de 1902 se les considera a los trabajadores ya como comisionistas u otras formas del "mandato mercantil", bajo las denominaciones de "factores, dependientes y mancebos" (Arts. 275 y sgtes.). Estas normas eran aplicables no sólo a los negocios comerciales sino a los industriales, de servicios, agrícolas, bancarios, mineros; y así sucesivamente se fue extendiendo su campo de acción, porque estábamos ante los albores del concepto de "empresa" en nuestro país; y el Derecho regula y reposa en normativa sobre hechos que tienen trascendencia jurídica, y lo que estamos recordando son hechos con trascendencia jurídica en la vida empresarial peruana, marcada por el mercantil hasta la Constitución de 1979, con sus antecedentes desde 1968 a 1980 que fueron llamados por los militares como expresiones de la reforma de la empresa.

Estas normas del Código de Comercio de 1902 fueron superadas por la legislación laboral, cuyo espectro fue creciendo en la medida en que fue disminuyendo el carácter objetivo de la empresa mercantil para dirigirse más hacia el hombre, como agente y fin de la producción.

En 1959 se promulgó la Ley No. 13270, Ley de Promoción Industrial, a la que podemos calificar como la primera expresión tangible del Derecho Empresarial Peruano, porque define a la "empresa industrial" y regula el marco jurídico de su actuación, pero sin considerar, en lo absoluto, al factor trabajo. Por eso se le califica como una ley exclusivamente de corte capitalista; es decir, referida, orientada, guiada sólo en función del factor capital. Su artículo 3o. decía: "Se denomina 'empresa industrial' o simplemente 'empresa', a la persona natural o jurídica que ejerce una determinada actividad económica que, por su finalidad, está amparada por esta Ley de Promoción Industrial, con la amplitud o con las limitaciones que ella determina". Se identifica a la empresa con su titular, sea persona individual o jurídica, pero siempre que ejerza actividad económica preponderantemente industrial. No contiene esta ley ninguna norma referida a los trabajadores de la empresa industrial.

En 1966 se promulgó la Ley No. 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, derogándose las normas per-

tinentes sobre contrato de sociedad mercantil que contenía el Código de Comercio de 1902 (Artículos 124o. a 181o., 211o. a 236o. y 958o. a 960o.); Ley también de corte exclusivamente capitalista, donde no se menciona en lo absoluto al trabajador, salvo la pálida referencia contenida en el artículo 119o. sobre "títulos de goce" o "participaciones acordadas a los trabajadores", pero sin reconocerles carácter de "acciones", es decir, sin permitirles injerencia alguna en el capital de la empresa o sociedad. La figura contractual más difundida por esta Ley No. 16123 es la sociedad anónima, forma societaria que no ha sido superada hasta hoy en el mundo occidental; mucho menos en nuestro país, pese a los intentos de la dictadura militar de 1968 a 1980, dentro del marco de la llamada "reforma de la empresa".

Parece que los legisladores y los empresarios en nuestro país se olvidaron de que somos parte integrante de la cultura occidental y que los tiempos iban cambiando. En la década del 60 se comienza a vivir la corriente de "socialización de la empresa" o socialización de los medios de producción. Inclusive, la Iglesia Católica formula expresiones tangibles de reforma en el tratamiento del capital y del trabajo, abogándose por la dignificación del trabajador y por una participación más justa en la distribución de la riqueza. Los modelos socialistas de economía centralmente planificada comienzan a infiltrarse profundamente en la estructura empresarial occidental y en nuestro país los militares resultan subyugados por el "modelo yugoeslavo", y nos encontramos con el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que impone los modelos exóticos de la Comunidad Laboral y de la Empresa Autogestionaria, sin consultarle a los protagonistas del proceso empresarial, es decir, a los empresarios y a los trabajadores, y por ello su rotundo fracaso, con las consecuencias de atraso para el desarrollo socio-económico del país.

Las normas sobre Comunidad Industrial, Comunidad Minera, Comunidad Pesquera, Comunidad de Telecomunicaciones y sus correlativas Comunidades de Compensación, junto con las Empresas de Propiedad Social, constituyen los ejemplos más claros de la profunda intervención del Estado en la empresa peruana, a tal extremo que los militares le llaman a este proceso "reforma de la empresa"; y en la práctica ello se traduce en la admisión forzosa de la Comunidad Laboral como socio obligatorio en la empresa privada, a título de cogestión, o sea, participación en la propiedad, en la dirección o gestión empresarial, y en las utilidades de la empresa. Todo ello, en función del factor trabajo. Pero, a los trabajadores no se les hizo participar democráticamente en la elaboración de estas "reformas"; tampoco a los empresarios a quienes, por el contrario, se les satanizó y no supieron hacer frente común y solidario a través de sus instituciones representativas que fueron hostilizadas por la dictadura.

Esta es una realidad que los peruanos no podemos pasar por alto porque hemos vivido dentro de sus marcos desde octubre de 1968 hasta 1980, y son

más de diez años de vida jurídica, aunque sea bajo los dictados de un gobierno de facto, pero esa vida jurídica y esa reforma de la empresa hecha por los militares ha dejado una huella profunda en la historia jurídica, económica y política del Perú. Y estas expresiones las hemos dejado escritas en nuestra producción bibliográfica elaborada en plena época de la dictadura, porque siempre hemos sido amigos de llamar a las cosas por su nombre.

Como abogados hemos advertido, también, que el llamado "modelo económico pluralista" que fue la conclusión del proceso de reforma de la empresa ejecutado por la dictadura militar, ha quedado impreso en el artículo 112o. de la Constitución Política de 1979, y que se traduce en el principio que dice: "Art. 112o.— El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características". Los constituyentes de 1979 recogieron la mayor parte de los esquemas sobre reforma de la empresa que desarrollaron los militares desde 1968 hasta 1980.

Por su parte, el artículo 56o. de la Constitución resume la "conquista de los trabajadores" durante el período de "reforma de la empresa", y la dignificación del factor trabajo dentro del llamado "pluralismo económico". Su texto dice: "Art. 56o.— El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide".

Nadie puede negar que el concepto de "empresa" en el Perú ha tenido un largo recorrido de consolidación y de transformaciones radicales desde 1902 hasta la fecha (1987), constituyendo un capítulo aparte, desde 1968 hasta 1980; y de allí para adelante, el crecimiento formidable, desarticulado y polémico de la empresa estatal, todo ello marcado por la impronta mercantil que parte del acto de comercio y evoluciona hacia el concepto de "empresa".

Como puede apreciarse, nuestra realidad empresarial ofrece un universo de hechos jurídicos y económicos concretos, bien definidos, porque las empresas están allí, vivas, y siguen desarrollándose, al amparo de la Constitución y bajo formas societarias que presta el Derecho Comercial. El problema doctrinario es importante; pero aparente, a nuestro modo de ver. Sólo falta en el Perú una Ley de Bases de la Empresa, donde se precisen y desarrollen los lineamientos básicos que contienen la Constitución y las leyes vigentes.

La doctrina y legislación comparadas, así como la realidad de las empresas en otros países, desarrollados y subdesarrollados, nos puede servir como referencia, pero nunca para copiarnos el esquema de fondo, porque de ser así (como estamos acostumbrados, la ley iría contra la realidad; a espaldas de la realidad. Joaquín Garrigues² afirma que los investigadores buscan en vano un concepto jurídico de la empresa que refleje su unidad económica como organismo vivo, y para obtenerlo pretenden reconducir a unidad jurídica los distintos elementos de la empresa. Como dice Montoya Manfredi, la empresa es un "conjunto organizado de elementos heterogéneos", unidos por el vínculo de la "identidad de destino económico", agrega. Mas, nosotros consideramos que los doctrinarios deben solucionar su problema partiendo de su propia realidad, y bajo dos conclusiones generales en las que podemos coincidir, y que precisa el maestro español Garrigues: 1) La imposibilidad de encajar actualmente a la empresa en los cuadros y nomenclaturas tradicionales del Derecho; 2) La plena coincidencia del Derecho y la Economía en la definición de empresa como organización de elementos heterogéneos movidos por la idea rectora del empresario y por la actividad de éste y la de sus colaboradores.

3. LA CONSTITUCION DE 1979 Y SU DEFINICION JURIDICA DE LA "EMPRESA"

En nuestra opinión, e independientemente de las inquietudes y dudas doctrinarias, remitiéndonos a nuestra realidad económica y empresarial, que es lo que trasciende al mundo jurídico, consideramos que para definir jurídicamente a la "empresa" debemos partir de la Constitución Política de 1979 en cuyo artículo 130 se le define jurídicamente, aunque muchos sostienen que esta definición es "económica" antes que jurídica, pero que nosotros sepamos, la Constitución es la máxima expresión jurídica de un país y a ella nos atenemos.

Muy distinto es que para el analista, la definición constitucional no satisfaga sus exigencias jurídicas, o que no reúna los elementos que tradicionalmente recoge una definición jurídica; eso es otra cosa, pero, a la fecha, para avanzar la construcción del Derecho Empresarial Peruano tenemos que partir, indefectiblemente, de la definición del artículo 130.

El numeral ya mencionado dice: "Artículo 130o. Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley".

En la bibliografía nacional, escasa todavía en lo que respecta a nuestra Constitución encontramos el comentario de Chirinos Soto, quien dice: "La definición constitucional de empresa con la que aquí trope-

2. Garrigues, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa S.A., México 1977.

zamos es probablemente anticientífica. En todo caso, me parece innecesaria".³

Miguel Mena, coincide con nosotros y concluye en que la afirmación de Chirinos Soto carece de sustento legal. "Podríamos aceptar que la redacción del Artículo 130o. no es perfecta; pero, discrepamos en cuanto se sostiene que es una definición anti-técnica o innecesaria. Si por anti-técnica se ha querido decir que no es propio de la técnica constitucional la inclusión de definiciones; de acuerdo, pero aún así, el asunto es que, en realidad, el artículo 130 de la nueva Carta no define a la empresa como instituto jurídico; simplemente se limita a una característica económica de la empresa (cualquiera sea su modalidad): "medio de producción", y dos finalidades que deben cumplir todas las empresas, de ahora en adelante; a) eficiencia; y, b) contribución al bien común. Establece deberes jurídicos que, si no se cumplen hacen pasibles de sanción a sus infractores".

En concordancia con este precepto 130o. debemos remitirnos al artículo 112o. que dice: "Artículo 112o.— El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo a sus características".

Nada más claro para concluir, en principio, que para nosotros, los peruanos, la empresa está jurídicamente definida, "cualquiera sea su modalidad", como "unidades de producción" que tienen que cumplir tres requisitos fundamentales: 1) ser eficientes; 2) contribuir al bien común; 3) someterse a la ley. Este marco general concuerda con la orientación humanista de la Carta, donde "la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía", como reza el Preámbulo.

En lo jurídico, estas "unidades de producción" que define el artículo 130 de la Carta Fundamental, deben actuar y realizarse dentro del marco que delimita el artículo 112o., es decir, dentro de un marco de "pluralismo económico", que no admite paternalismos ni preferencias, como sucede en la realidad que vivimos, en que ciertas empresas, como las estatales y las cooperativas (las de producción agraria azucarera), reciben un trato especial y privilegiado frente a las empresas privadas. Por ejemplo, a partir de agosto de 1985, implementado el control de precios como forma de luchar contra la inflación, y bajo el nombre peyorativo de "congelación de precios", las empresas privadas sufren una serie de dificultades para producir, comprar y vender, y para "coexistir" democráticamente con las empresas estatales, que gozan del proteccionismo oficial, pese a que son las

responsables, en parte importante, del grave déficit que viene arrastrando nuestro Presupuesto General de la República.

A las empresas públicas o estatales no se les aplica en forma rígida el mecanismo burocrático del control y congelación de precios; ellas suben sus precios cuando quieren y como quieren, y como gozan en algunas áreas de producción de cierta especie de monopolio, no le queda al empresario privado otra cosa que someterse a sus exigencias y pagar sobreprecio, para subsistir; al final, quien paga es el consumidor y esto acelera la inflación y el país sale perdiendo.

El mismo artículo 112o. de la Constitución dice que la economía nacional se sustenta "en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa". Y enumera, a continuación, las diversas formas de propiedad y empresa, a través de realidades que conocemos perfectamente, como son: 1) empresa estatal, que puede ser propiedad total o parcial del Estado; 2) empresa privada, que es propiedad de particulares; 3) empresa cooperativa, que es propiedad de las cooperativas y de sus socios, idealmente; 4) empresa autogestionaria, o empresa de "propiedad social", creadas en la proyección idealista de la dictadura militar de 1968-1980, y cuya concepción fracasó por resultar extraña a nuestra idiosincracia; 5) empresa comunal, que se aproxima a las Comunidades Campesinas o Nativas, para impulsar su proyección agropecuaria; 6) empresa de "cualquier otra modalidad". En este último rubro anotamos a la "empresa informal", que según algunos tiene el 60 o/o de la producción empresarial total del país.

Todas estas formas de propiedad y de proyección empresarial que define el artículo 112o. de la Constitución Política del Perú "actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características"; ello significa, en nuestro modo de ver, el reconocimiento formal de la personalidad jurídica de la empresa, a nivel constitucional, con independencia de las personas naturales que la integran y de la forma societaria o modalidad grupal que adopte.

Nos ha animado a profundizar nuestra reflexión en este punto la lectura analítica de las reflexiones de nuestro apreciado amigo y colega, Fernando Vidal Ramírez quien dice: "Conferirle personalidad jurídica a la empresa supone aceptar su autonomía y existencia propias, dándole cabida en la gama de personas jurídicas, no requiriendo de un titular pues ella misma se constituiría en sujeto de derecho. No es ésta la posición del Derecho Positivo, lo que no obsta para que la doctrina formule diversos planteamientos teóricos con la finalidad de encontrar una explicación satisfactoria y sustentable por quienes quieren encontrar subjetividad en la empresa e incorporarla a la

3. Chirinos Soto, Enrique: "La Nueva Constitución al alcance de todos". Editorial Andina S.C.R.L., Lima 1979, p. 136.

4. Mena, Miguel: "La Empresa en el Perú". Cultural Cuzco S.A., Lima 1986.

gama de entes dotados de personalidad jurídica. Sin embargo, y como excepción, se da el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada, a la que Lucrecia Maish —a quien rindo emocionado recuerdo ante su trágica desaparición física en el movimiento sísmico que asoló a la ciudad de México— dedicó en-jundioso estudio que la convirtió en precursora en el Perú”.

“En la empresa individual de responsabilidad limitada, la empresa está dotada de personalidad jurídica distinta a la de la persona natural que la funda y, como señala Montoya Manfredi, se deja a salvo la responsabilidad patrimonial unitaria del titular de la empresa. Torres y Torres-Lara, quien se ha constituido en el Perú en uno de los más caracterizados impulsores de la subjetividad autónoma de la empresa, encuentra en esta forma de organización empresarial el inicio del reconocimiento a la empresa de una personalidad propia y diferente de la de su titular”.

“Con la salvedad, pues, de la empresa individual de responsabilidad limitada y con precisión en cuanto a que sólo en ella la empresa ha adquirido una personalidad jurídica propia, consideramos que, por lo menos en el Perú, en el estado actual del Derecho Positivo, se mantiene la distinción entre el sujeto titular de la empresa y aquello que constituye la empresa, la que sigue siendo, para el ordenamiento jurídico, en expresión de Montoya Manfredi, un conjunto heterogéneo de diversos elementos”.⁵

Discrepamos fraternalmente con Fernando Vidal y acompañamos en sus conclusiones a Carlos Torres y Torres-Lara, quien sostiene, al igual que nosotros, desde muchos años atrás, que la empresa en el Perú tiene personalidad propia y diferente a la de su titular, tal como sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) normada por el Decreto Ley No. 21621 del 14 de setiembre de 1976, y concebida como una figura jurídica nueva en el Perú, establecida en atención a la realidad social, política, económica y empresarial que siempre ha buscado —en nuestro medio— una solución al problema de la responsabilidad en el manejo de los negocios, para diferenciar el patrimonio del titular de la empresa, del patrimonio empresarial afectado a la empresa misma. Además, todas las empresas legalmente establecidas en el Perú y que actúan bajo alguna forma de sociedad comercial o civil tienen personería jurídica distinta de la de sus socios o accionistas.

Remitiéndonos siempre a nuestra realidad que es lo primero que debemos analizar y examinar con profundidad, en todo problema jurídico, queremos precisar que la Constitución deja abierta la personería jurídica de la empresa a la “que la ley señala de acuerdo con sus características”, y esto significa —a nuestro modo de ver— que la Constitución se remite a cualquiera de las formas societarias que la ley mercantil establece y que desde la promulgación del Código de

Comercio de 1902, le presta a las empresas para que adquieran personería jurídica y forma legal; además, se incluye a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, normada por el Decreto Ley No. 21621; al modelo “reformado” de la sociedad anónima que recibe al socio obligatorio que es la Comunidad Laboral; a las transnacionales, que tienen como marco de acción las relaciones empresariales internacionales; y, en general, a cualquier otra forma societaria o de agrupación empresarial normada por la ley, inclusive las sociedades civiles tan mal reguladas por la Ley General de Sociedades (Decreto Legislativo No. 311) porque se les reconoce su fin preponderantemente económico siempre “que no constituya especulación mercantil”, o mejor dicho, que no persigan fines empresariales, lo que en esta época resulta contradictorio y absurdo.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, por ahora, podemos afirmar —con Rodrigo Uría— que la empresa, partiendo de nuestra Constitución de 1979 es un modo de actividad económica o “unidad de producción”; “actividad organizada”, como sostiene el colombiano Gabino Pinzón; plasmado todo ello en una realidad socio-jurídica compleja y en constante cambio y perfeccionamiento; bajo la forma jurídica o no del negocio individual o de las sociedades comerciales, ya sea que la empresa sea legítimamente organizada o que esté actuando en la “informalidad” como decimos en el país para no decir “al margen de la legalidad” porque ni paga impuestos ni cumple obligaciones sociales, pero tiene trascendencia a nivel de las cuentas nacionales y del Producto Bruto Interno, ya que moviliza mucho dinero.

Sostenemos que el concepto y definición jurídica de “empresa” como problema insoluble hoy muy discutido por los tratadistas, no es sino un espejismo, ya que todas las empresas legalmente establecidas en el Perú y las que actúan informalmente tienen sus orígenes —directa o indirectamente— en el “acto de comercio”, que define el artículo 1o. del Código de Comercio y han adoptado el ropaje jurídico o la estructura del negocio individual o de las sociedades mercantiles o civiles. **Las bases económicas, jurídicas y sociales de la “empresa” en el Perú de hoy (1987) están en el negocio o empresa comercial.**

La afirmación anterior en el sentido de que buscar otras explicaciones jurídicas a la realidad llamada “empresa” es un simple espejismo se comprueba analizando hipotéticamente la evolución de una empresa nacional que comenzó en 1920, por ejemplo, como simple negocio individual (amparado por el Código de Comercio de 1902); en 1940 se transformó en sociedad colectiva; en 1960 se transformó en sociedad anónima, siempre al amparo de la ley comercial, pero bajando en el negocio agropecuario (para hacer la

5. Vidal Ramírez, Fernando: “La Concentración de las Sociedades Transnacionales y la Legislación Limitativa de su accionar en el Perú”, Separata de la Rev. Jurídica de Buenos Aires, 1986—II—III, Abeledo—Perrot.

ejemplificación más ilustrativa) y se acogió en 1962 a la Ley No. 13270 (Ley de Promoción Industrial), porque incursiona a esa fecha en la actividad de transformación de productos agropecuarios de uso industrial; en 1972 se ve obligada a ingresar al ciclo de "empresa privada reformada" que introdujo la Revolución de Velasco, y tiene que cumplir con la legislación sobre comunidades laborales para admitir al socio obligatorio: "la comunidad industrial"; pero siguen los mismos socios de 1940 y ya no existe su socio fundador, el comerciante individual de 1920; con el agregado de que ahora a todo este esfuerzo productivo bien organizado, bajo la ley comercial, se le reconoce su carácter de "empresa" y se le impone reformas. En 1975 esta misma "empresa reformada" debió desprenderse de algunas secciones subsidiarias y acogerse, usando fórmulas tomadas de la Ley de Sociedades Mercantiles No. 16123, sometiéndolas a la legislación sobre Pequeña Empresa, porque a la empresa privada reformada grande o mediana le resultó muy difícil subsistir en este período revolucionario caracterizado por modelos exóticos ajenos a nuestro tradicional esquema empresarial y democrático. Esta misma empresa originada al amparo de la ley comercial en 1920, sigue avanzando en su proyección histórico social, porque la empresa es como todo ser viviente, un ente destinado a hacer y crecer, y expandirse, para en algún momento decaer y morir (disolverse y liquidarse) o desdoblarse, para defenderse de la ley que pretende reformarla, limitándola, no dejándola desarrollarse a su amplitud. Esta misma empresa en 1980 acoge algunas subsidiarias al nuevo régimen de la Pequeña y Mediana Empresa (establecido por el Decreto Ley No. 23189 para intentar salvar el ensayo de la legislación sobre pequeña empresa que en nuestro país nació esterilizado por la limitación mental en su concepción) y las deja como "medianas empresas" para que conti-

núen usando la forma de sociedad anónima. Paralelamente, en 1982, la principal se acoge a la nueva Ley General de Industrias No. 23407 y adecúa su sección de exportación no tradicional a las diversas leyes sobre esta materia, formando otra subsidiaria, bajo la figura de sociedad anónima. Y así sucesivamente esta empresa hipotética que hemos tomado como ejemplo, debe seguir cumpliendo las diversas leyes sobre cuestiones empresariales que se vienen dictando hasta la fecha. Y lo que queríamos demostrar es que la misma empresa o negocio individual que nació en 1920, bajo la inspiración de la ley comercial, continúa viviendo en 1987, o sea, al cabo de 57 años, con las mismas personas que la fundaron más otros empresarios que se han ido incorporando como socios o simples inversionistas, y sigue siendo ahora una unidad de producción con forma de sociedad mercantil. Y es empresa, mejor dicho, es la proyección de un negocio individual comercial, amparada por la Constitución de 1979 donde se le define y se le pone requisitos para su actuación en el marco económico del país.

Rechazando el espejismo teórico que hasta la fecha causa dolores de cabeza a los tratadistas, retomamos el asunto partiendo de la realidad de la empresa en el Perú y sus bases constitucionales (que son clarísimas) y consideramos que ya es tiempo de consolidar nuestro Derecho Empresarial y a eso deberían dedicarse, entre otros menesteres, nuestros legisladores.

No creemos haber descubierto la pólvora con estas reflexiones; simplemente queremos ponerlas como uno de los tantos puntos de partida que deben analizar los estudiosos cuando indagan por el concepto y definición jurídica de la "empresa" en el Perú; es una invitación a partir de nuestra realidad empresarial para estudiar las proyecciones jurídicas de la empresa.



Una introducción a la Bolsa de Valores

Rafael Picasso Salinas

Abogado

La finalidad del presente artículo es la de efectuar un ensayo introductorio de la institución, es decir, que se utilice como una puerta de ingreso al mundo de la Bolsa de Valores, a efectos de que con él se pueda entender y comprender mejor temas específicos, tales como: el Agente de Bolsa, el Director de la Rueda, los Valores Mobiliarios, las Ordenes de Bolsa, la Propuesta en Rueda de Bolsa, la Concertación de la Operación, la Liquidación de la misma, la Transferencia de la Propiedad de los Valores Mobiliarios, la Reserva o Secreto Bursátil, los Derechos Societarios en las Operaciones en Rueda de Bolsa y, en general, todos aquellos temas vinculados con la Bolsa de Valores.

Antes que todo, quisiéramos dejar constancia que el presente artículo estará referido exclusivamente a los aspectos jurídicos de lo que constituye la Bolsa de Valores en su conjunto, prescindiendo —en la medida de lo posible— de todos aquellos aspectos de carácter económico y financiero sobre la materia.

1. CONCEPTO

A efectos de poder comprender y entender mejor lo que constituye la (s) Bolsa (s) de Valores (en adelante "la Bolsa") hemos considerado conveniente transcribir las definiciones que dan algunos autores sobre la materia.

Joaquín Garrigues señala que "En el lenguaje corriente se emplea la palabra "Bolsa" en cuatro sentidos, para expresar: el edificio o lugar, el conjunto de operaciones de un día determinado, el estado de las operaciones bursátiles ("La Bolsa sube o baja o está firme") y, finalmente, la institución de la Bolsa. Sólo en este último sentido nos interesa aquí. Pero la formulación de un concepto teórico de la institución ofrece dificultades. Suele decirse que la Bolsa es una clase especial de mercado, que se diferencia de los de-

más por una serie de características: La organización corporativa, el hecho de ser frecuentada por comerciantes, las circunstancias de no encontrarse presentes en la Bolsa los objetos sobre los cuales se contrata. Quizá los dos rasgos más salientes de la Bolsa como mercado sea la tipicidad de los negocios y la formación objetiva (impersonal) de los precios. Ambos datos son evidente manifestación de una misma tendencia a la objetivación de las relaciones mercantiles característica de nuestro Derecho".¹

Linares Bretón define la Bolsa como "Instituciones organizadas con el fin de realizar negociaciones mercantiles indirectas, dentro de un marco de seguridad, certeza y legalidad, cumplidas por intermediarios mediante determinado mecanismo jurídico que obedecen a particulares normas técnicas, con vencimientos uniformes y protegidas por un medio de ejecución forzada".²

Joaquín Rodríguez Rodríguez define a las Bolsas como "Instituciones auxiliares de crédito que tiene por finalidad crear los medios necesarios para la celebración de contratos sobre títulos valores y metales preciosos".³

Rodríguez Sastre indica que "La Bolsa es el establecimiento especialmente organizado, donde se reúnen las personas que, accidental o habitualmente, ejercen el comercio para contratar sobre las operaciones a que pueden dar lugar todo género de valores públicos o privados".⁴

Marcos Satanowsky indica que "Constituye la Bolsa o mercado una verdadera necesidad de comercio y ha sido elevada a la categoría de una institución por las leyes y usos mercantiles. La Bolsa resultó así una institución de actividad gremial, y al mismo tiempo el lugar de transacciones bursátiles. El mercado lo

* Al doctor Manuel de la Puente y Lavalle con sincero agradecimiento.

1. Garrigues, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, 1936, Tomo I, p. 53-54.

2. Linares Bretón, Samuel F.: "Operaciones de Bolsa", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 9.

3. Rodríguez Rodríguez, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1960, p. 23.

4. Rodríguez Sastre, Antonio: "Operaciones de Bolsa", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, Vol. I, p. 52.

es de mercancías. La Bolsa en el primer concepto facilita la realización de operaciones, mientras en el segundo concepto y en el Mercado —de contrataciones mercantiles— permite realizarlas, en el sentido de asegurar y legalizar su ejecución”.⁵

El Diccionario de Derecho Usual define a la Bolsa de Comercio, como el “Establecimiento público autorizado donde comerciantes o sus intermediarios, también los particulares, y más los agentes habilitados u oficiales, se reúnen para concertar negocios sobre mercaderías, que por lo común no están en el lugar, o para convenir determinadas operaciones mercantiles con valores públicos o cotizables y con documentos de crédito. // Conjunto de operaciones efectuadas en un día laborable en ese edificio e institución”.⁶

El artículo 1o. del Decreto Legislativo 211 —Ley Normativa del Mercado Bursátil— define a la Bolsa como instituciones de servicio público, constituida como Asociación Civil, cuyo objeto es centralizar la negociación de valores cuyo registro ha sido autorizado y cuyos asociados son los Agentes de Bolsa.

Consideramos que de todas las citas transcritas podríamos concluir que la Bolsa constituye un centro de contratación organizado, donde se efectúan transacciones de valores mobiliarios de manera masiva. Dichas transacciones se efectúan de manera indirecta, a través de intermediarios denominados Agentes de Bolsa, dentro de un marco de seguridad, certeza y legalidad. En el siguiente punto señalaremos las principales características de la Bolsa.

2. CARACTERISTICAS DE LA BOLSA DE VALORES

De las definiciones transcritas en el punto anterior, podemos concluir que las principales características de la Bolsa de Valores son las que a continuación señalamos:

a) Las Bolsas son instituciones organizadas; no constituyen meramente una reunión de comerciantes o un lugar o centro de contratación, “sino que es necesario que adopten una forma jurídica que les de personalidad distinta a la de quienes concurren a ella, y decimos que deberán estar organizadas por cuanto dicha forma jurídica debe estar adecuada a la que la legislación respectiva permite para que funcione legalmente”.⁷

b) La negociación y/o transacciones en Bolsa sólo la pueden efectuar personas debidamente autorizadas para ello, es decir los Agentes de Bolsa. Al respecto el artículo 17o. del Decreto Legislativo No. 211 —Ley Normativa del Mercado Bursátil— establece que son

los únicos intermediarios que puede actuar como tal en el Mercado Bursátil.

Linares Bretón indica que “encontramos una definida y firme caracterización de las “Bolsas”, en cuanto al elemento personal que interviene en sus negociaciones; vale decir, que no son los comerciantes los que actualmente, y en forma personal, concurren a las Bolsas, sino que ellos deben hacer sus negociaciones por medio de auxiliares debidamente autorizados para realizarlas, los que a su vez, no pueden asumir la calidad de parte en el negocio, sino que siempre ese auxiliar tiene como contra—parte a otro auxiliar de la misma categoría”.⁸

c) La negociación es indirecta. En efecto, los comitentes compradores y vendedores no son los que contratan directamente en la rueda de Bolsa, sino que lo hacen a través de intermediarios, que son aquellas personas denominadas Agentes de Bolsa.

A ello hay que agregar que el intermediario —Agente de Bolsa— no puede ser comprador o vendedor por cuenta propia de los valores mobiliarios. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por la precitada Ley Normativa del Mercado Bursátil, los Agentes de Bolsa no pueden adquirir o enajenar a título oneroso y por cuenta propia valores mobiliarios bursátiles sin haber obtenido previamente, en cada caso, la autorización de Directorio de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. Se exceptúa de la prohibición en referencia cuando los valores provengan de la condición de usuario de un servicio público o cuya adquisición se haya realizado para efecto de desgravamen tributario. El hecho de que el Agente de Bolsa contravenga la prohibición antes señalada constituye causal de vacancia al nombramiento de aquel. Debemos mencionar que la presente norma tiene como finalidad evitar un potencial conflicto de intereses que pudiese surgir entre el comitente y el Agente de Bolsa en el desempeño de sus funciones.

d) La negociación se efectúa en masa, con una alta concentración en el tiempo y en el espacio, es decir, en muy poco tiempo se negocian grandes volúmenes de valores mobiliarios.

Linares Bretón comenta al respecto que “Las Bolsas, son entonces, unos mercados de alta concentración en el tiempo y en el espacio, porque realizan las negociaciones en forma indirecta, a través de intermediarios.

Esa concentración no sería posible si todos los interesados en adquirir o vender títulos valores o mercaderías tuvieran que reunirse, porque no habría un lugar que pudiera darles cabida, sino que aún por la cantidad de personas no sería posible que se encuen-

5. Satanowsky, Marcos: “Tratado de Derecho Comercial”, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires 1957, Tomo III, p. 344.

6. Cabanellas, Guillermo: “Diccionario de Derecho Usual”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires 1974, Tomo I, p. 293.

7. Linares Bretón, p. 10.

8. Linares Bretón, p. 10.

tren las que pretenden realizar una determinada operación o negociación”.⁹

e) Al momento de concertarse la operación no se requiere que esté presente el objeto materia del contrato, lo cual facilita la concentración de las operaciones. Asimismo se negocian bienes genéricos y fungibles, debiendo tenerse en consideración el artículo 1142 del Código Civil, que establece que los bienes inciertos deben indicarse cuando menos, por su especie y cantidad.

Con relación a la fungibilidad de los valores, resulta pertinente citar a Ripert quien indica “Que los valores mobiliarios son muebles ... Los valores mobiliarios tienen además otro carácter: su fungibilidad. Un título puede siempre ser reemplazado por otro de la misma emisión. Esta fungibilidad no es exactamente la del derecho civil, que se caracteriza por la ausencia de individualización de la cosa, pues los títulos de Bolsa son individualizados, ya sea a nombre del titular, ya sea por un número de orden. La fungibilidad es de naturaleza económica: Un título vale exactamente lo mismo que otro”.¹⁰

f) Existe una manera de negociación especializada, típica, donde los plazos de contratación ya se encuentran preestablecidos por los reglamentos respectivos, no pudiéndose contratar bajo otros plazos aunque medie acuerdo entre las partes. Creemos que no estamos ante un contrato de adhesión, sino que estamos frente a un contrato tipo, pero a base de cláusulas generales de contratación por cuanto se puede estipular —de común acuerdo— la especie, cantidad y precio de los valores mobiliarios a negociarse.

De otro lado, existe un procedimiento especial para la ejecución y/o liquidación de las operaciones concertadas, así como que, en el caso de incumplimiento, por alguna de las partes, la operación se eje-

cuta forzosamente.

tiva de los precios es decir, que los mismos estarán reflejados —en la medida de lo posible— de acuerdo a la oferta y la demanda tratando de ser lo más justos.

h) Nuestra Legislación Bursátil no establece taxativamente una disposición que obligue a los Agentes de Bolsa a guardar secreto o reserva de las informaciones y operaciones bursátiles que efectúen, empero, constituye una característica de la negociación bursátil que los Agentes de Bolsa guarden secreto o reserva de lo antedicho. No obstante ello, de la concordancia de los dispositivos legales vigentes, nos permite establecer la existencia de un deber y un derecho por parte del Agente de Bolsa de guardar la reserva o secreto de las informaciones y operaciones bursátiles que efectúe.

3. FUNCIONES DE LA BOLSA DE VALORES

Sin perjuicio de ello, y de conformidad con el artículo 2o. del mencionado Decreto Legislativo No. 211 constituyen funciones de las Bolsas de Valores, las siguientes:

- a) Registrar los valores mobiliarios cuya negociación en Bolsa se hubiere autorizado;
- b) Fomentar las transacciones de valores mobiliarios procurando el desarrollo del mercado;
- c) Publicar la cotización de los valores mobiliarios;
- d) Brindar el servicio de Caja de Liquidaciones y aquellos otros afines a la negociación de valores y que favorezcan el desarrollo del mercado;
- e) Ofrecer al público la información sobre las entidades cuyos valores han sido admitidos a cotización;
- f) Las que le asignen las disposiciones legales, las resoluciones de la Comisión Supervisora de Empresas y Valores y sus propios Estatutos.

9. Linares Bretón, p. 10—11.

10. Ripert, Georges: “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, Tipográfica Editora Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1954 Tomo III, p. 14.

Los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil

Jorge Delgado Calisto

Bachiller en Derecho

Es práctica en nuestro medio de reparto a los accionistas de los llamados dividendos a cuenta, anticipados o provisionales en el curso del ejercicio social o aún durante el período comprendido entre el cierre de éste y la aprobación del balance general. En este artículo, trataremos sobre las particulares características de esta figura.

1. NOCION

Constituye un principio que el accionista no debe recibir "vigente sociedad" sumas de otras fuentes que no sean las utilidades del ejercicio. Nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 259 señala que "sólo podrán ser pagados dividendos sobre las acciones en razón de utilidades realmente obtenidas (...)", y, el artículo 20, del mismo cuerpo legal, señala que "la distribución de utilidades puede hacerse después del **balance**¹ que efectivamente las arroje (...)" (El subrayado es nuestro). Se desprende, pues, que sólo un balance es capaz de legitimar un reparto de utilidades. Pero, ¿A qué balance se refiere la ley: a uno parcial o al general del ejercicio social? El párrafo quinto del citado artículo 20, señala que los socios que hubieran actuado de buena fe estarán obligados sólo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los **ejercicios siguientes**" (El subrayado es nuestro). Parecería correcto afirmar que el balance a que se refiere el mencionado artículo es el del ejercicio social. Podemos señalar, además, que el balance en cuestión no es otro que el formulado, de acuerdo al artículo 250 de la ley, por el directorio "en el plazo máximo de ochenta días, contados a partir del **cierre del ejercicio social (...)**" (El subrayado es nuestro), y que presentará a la "Junta" para su aprobación, tal como aparece del artículo 256 del mismo cuerpo legal. Por otra parte, el artículo 160 de la Ley señala que "el período del directorio termina al resolver la Junta Gene-

ral sobre el **balance de su último ejercicio (...)**" (El subrayado es nuestro), haciendo clara referencia al balance del ejercicio. La junta a que se refieren los mencionados artículos 256 y 160 no es otra que la General Ordinaria, órgano social competente para "aprobar o desaprobar la gestión social, las cuentas y el balance general del ejercicio" y "disponer la aplicación de las utilidades que hubieren", tal como lo señala el artículo 122 de la ley incisos 1) y 2). Para comprender a cabalidad este artículo, es necesario concordarlo con el 78 inciso 14) de la misma ley, el cual señala que "el estatuto expresará obligatoriamente: (...) 14) la oportunidad en que debe someterse a la Junta General la aprobación del **balance de cada ejercicio** y el régimen de aplicación de las utilidades" (El subrayado es nuestro). El artículo 122 antes referido, al señalar que "la Junta General debe realizarse cuando lo disponga el estatuto y necesariamente cuando menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual", no hace sino señalar el plazo en que indefectiblemente debe reunirse la junta para aprobar "el balance general del ejercicio" y "disponer la aplicación de las utilidades que hubieren", lógicamente, en él. La ley toma las precauciones necesarias para que el derecho del socio al dividendo no sea arbitrariamente postergado. En resumen, tenemos que sólo el balance general del ejercicio social podrá arrojar utilidades pasibles de ser distribuidas como dividendos.

Restaría determinar ahora, cuál es la periodicidad de dicho balance y, por ende, la del ejercicio social. El antes citado artículo 122, al normar lo relativo al momento en que la junta debe reunirse para aprobar el balance del ejercicio y disponer la aplicación de las utilidades, prescribe que dicha junta debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del "ejercicio económico anual". De esta forma, sien-

1. Sasot Betes y Sasot: "Sociedades Anónimas: Las Asambleas", Ed. Abaco, Bs. As. 1978, p. 371 y siguiente. Señalan que "tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en considerar al balance como un acto jurídico cuya finalidad esencial es asegurar la integridad del capital social, lo que ha permitido afirmar que el balance de la sociedad anónima es un documento contable como expresión de cantidad, pero un documento jurídico como expresión de cualidad".

do el ejercicio uno anual, el balance a que alude el artículo 20 de la L.G.S. no será otro que el anual. Esto se encuentra corroborado en la propia Ley en los artículos 169 y 252 inciso 2), los cuales hacen expresa referencia al balance anual. Mención aparte merecen los artículos 258 y 260, los cuales señalan que de la utilidad líquida del ejercicio se deducirán los "impuestos", haciendo clara referencia al Impuesto a la Renta cuya periodicidad es anual. Debemos concluir esta parte señalando que, de acuerdo con el artículo 250 de la ley, el ejercicio social coincide, en principio, con el año calendario, salvo que el estatuto establezca una coincidencia diferente.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, la costumbre comercial, la jurisprudencia y la legislación de algunos países admiten el pago a los socios de los llamados dividendos a cuenta. Creemos que "una acepción precisa es la de anticipos provisionales o pagos a cuenta de dividendos, quedando en claro que no son definitivos, y que están sujetos a los resultados finales del ejercicio"².

Las legislaciones que han regulado estos pagos, son generalmente muy estrictas en su aplicación. Esta rigurosidad, tiene su fundamento en el hecho de que los anticipos son una excepción al pago normal de dividendos. Nuestra Ley General de Sociedades hace alusión al otorgamiento de anticipos a los accionistas en su artículo 118, al señalar que "en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o **dar anticipos** con garantía de sus propias acciones, bajo responsabilidad del directorio" (El subrayado es nuestro). Posteriormente examinaremos este artículo y las características del pago de anticipos de acuerdo a nuestra ley. Pasemos ahora a analizar la naturaleza jurídica de estos pagos que como hemos señalado no constituyen uno por dividendos.

2. NATURALEZA JURIDICA

Creemos, que el denominar a esta figura con el calificativo de "dividendos provisionales" o "dividendos anticipados" ha creado cierta confusión con respecto a su real naturaleza jurídica. Posiblemente las denominaciones aludidas sólo buscan evidenciar la característica principal del otorgamiento de estas sumas; cual es su pago condicionado a la ulterior existencia de dividendos. Albiñana, señala que "toda entrega a los accionistas bajo título de dividendo a cuenta no es

dividendo ni firme ni a cuenta: es un simple pago condicionado a la existencia de beneficios y al reconocimiento de dividendos por la Junta General"³. Resulta, pues, improcedente señalar que la figura bajo estudio ampare una real distribución anticipada de utilidades, no sólo porque el derecho patrimonial del socio con respecto a las utilidades se restringe al dividendo, sino porque las utilidades, como tales, no pertenecen al accionista sino a la sociedad misma, mientras el órgano social competente no delibere su aplicación al final del ejercicio social. Antes del momento señalado, el dividendo será siempre incierto y aleatorio.

Por otro lado, estos pagos a cuenta o anticipos "expresan por sí su carácter provisorio, sujeto a las cuentas definitivas, y a la posibilidad de su repetición de quien lo hubiera habido sin derecho"⁴. Esta es la diferencia fundamental con el dividendo propiamente dicho: los anticipos no son definitivos. Desde esta óptica, resulta clara la norma contenida en el artículo 118 de nuestra Ley, que regula las garantías que el accionista puede o no otorgar para el caso en que el balance anual sea deficitario o arroje una utilidad menor al anticipo repartido. Si se pagaran sobre utilidades ya generadas, "los recursos de que se trate saldrían del patrimonio de la sociedad en forma definitiva e ingresarían con ese mismo carácter al patrimonio del socio, por lo que resultaría absurdo que la ley regulara sobre las garantías que el accionista puede o no otorgar para su eventual devolución"⁵.

Los anticipos constituyen recursos que aún después de pagados se mantienen dentro del activo de la sociedad. Como señala Esquivel, "la sociedad hace salir de su patrimonio dinero en efectivo, sustituyendo, como resultado de dicho anticipo la posesión de numerario con un derecho frente al accionista para recuperar esas cantidades anticipadas"⁶. Estos créditos contra los accionistas se encuentran sujetos a la condición resolutoria de existencia de dividendos, ya que verificándose ésta se producirá una compensación automática con el crédito que nace a favor del accionista por concepto de dividendos. En conclusión, los llamados "dividendos a cuenta" no son otra cosa que créditos "sui generis" concedidos a los accionistas, que tienen por objeto el pago de cierta suma de dinero como anticipo repetible del dividendo del ejercicio en el cual se pagan.

La Resolución CONASEV No. 372-84-EFC/

2. Roitman, Horacio: "Dividendos Provisionales", En Revista de Derecho Comercial, Bs. As. 1976, Año II, No. 61 a 66, p. 1464.
3. Albiñana, Manuel: "El Beneficio y su Distribución según la Ley de Sociedades Anónimas", En Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1954, Marzo-Abril, Vol. XVII, No. 50, p. 182.
4. Roitman, Horacio, p. 1464.
5. Ossio, Jorge: "Naturaleza Jurídica de los llamados dividendos a Cuenta en el Derecho Mercantil y Tributario", En Revista del Instituto de Derecho Tributario, Lima 1985, p. 58.
6. Esquivel, Ramón: "Duración del Ejercicio Social y Reparto de Dividendos", En Revista del Foro, México D.F., Cuarta Época, No. 15-17, 1957, p. 44.

94.10 con fecha 28 de noviembre de 1984, ha opinado que "las empresas podrían conceder créditos a sus accionistas con cargo a las utilidades de su ejercicio" (artículo 1 inciso b). Si bien la Resolución de CONASEV no constituye una norma legal, resulta un precedente nacional importante desde que se pronuncia adecuadamente en torno a la real naturaleza jurídica de la figura bajo análisis.

3. LA CUESTION DE SU PROCEDENCIA

Teóricamente, las utilidades o las pérdidas sólo se podrán considerar como definitivas en el momento en que se disuelva la sociedad. Sin embargo, la práctica y la justa expectativa del capitalista de obtener una oportuna retribución por su aporte, ha impuesto una determinación periódica de las utilidades. Es así, que se llega a la división cronológica de la economía societaria en los llamados "ejercicios". Esta división, como todo enmarque temporal legalmente establecido, tiene sin duda algo de arbitrario, y puede no responder a las posibilidades económicas de una empresa en determinado momento. Desde esta perspectiva, el pago de anticipos posiblemente nace de una distorsión del afán lucrativo de los accionistas, vinculado a una corriente de ideas que propugnan la división de la ganancia en el momento que ésta se produzca.

Parte de la doctrina argumenta que no es aceptable el pago de anticipos al socio, desde que el accionista tiene derecho a los dividendos del ejercicio y no a la materialización de una expectativa incierta de realización de beneficios por parte de la sociedad al final del ciclo social. Es así que el accionista carece de legitimidad para solicitar el adelanto de una utilidad de futura realización, incluso las calculadas técnicamente sobre contratos celebrados pero todavía no ejecutados. No puede hablarse de pago de una obligación que no ha nacido, ni para la sociedad, ni para los accionistas.

De otro lado, como señala De Gregorio, "la comprobación de las utilidades obtenidas está vinculada casi siempre con las operaciones inherentes al cierre de determinados períodos del ejercicio. Si los administradores en la cuenta de ganancias y pérdidas dejan aparte estas partidas, corren el riesgo de repartir utilidades inexistentes"⁷. El balance del ejercicio contiene una universalidad de actos jurídico-patrimoniales que no pueden tomarse aisladamente. Caso contrario, la posibilidad de repartir el propio capital social, atentando contra su intangibilidad, es por lo menos latente.

Otro problema que se desprende de la dación de estas sumas, es el relativo a su repetición en caso el balance final sea deficitario o arroje utilidades en cuantía menor al adelanto repartido. En este supuesto, la sociedad tendrá frente al accionista el carácter de un acreedor común. Esquivel señala que "en estas condiciones considerando el caso de las sociedades que tienen sus acciones distribuidas entre un grupo numeroso de accionistas, y cuando el anticipo es por una pequeña cantidad, el ejercicio del derecho para recobrar tales dividendos puede resultar prácticamente imposible, (...) ya que los gastos erogados llegarían casi a ser iguales o superiores al reintegro que se podría obtener de los accionistas"⁸.

Autores como Garrigues—Uría argumentan a favor del pago de anticipos, señalando que es "perfectamente lícito el reparto de un dividendo a cuenta del beneficio final del propio ejercicio, uso este que está muy extendido en las grandes sociedades, en las cuales el beneficio anual y su cuantía suelen ser constantes"⁹. Notemos que el autor no se solidariza con una aplicación irrestricta de la figura bajo estudio, sino que la circunscribe a aquellas empresas que producen utilidades regulares. Mas, cómo podríamos determinar cuando una sociedad debe ser catalogada como productora de beneficios regulares. Esta cuestión es difícil de precisar, y más aún en aquellos países, como el nuestro, que se encuentran sujetos a una coyuntura empresarial cuya característica principal es la inestabilidad económica y normativa. Por otro lado, los efectos de la inflación podrían quebrar los cálculos más conservadores. Lo dicho no significa negar la existencia de este tipo de sociedades en nuestra realidad empresarial, sino plantear el problema de cómo distinguirlas de otras no constantes en sus beneficios. En la práctica, parece necesaria la intervención de un órgano estatal que determine si la sociedad puede o no otorgar anticipos a sus socios.

Si bien las normas que autorizan el pago de anticipos son criticables teóricamente, razones de conveniencia práctica como la de alentar la inversión del pequeño ahorrista justifican su incorporación en la legislación. Como señala Halperin, su dación "fomenta el aporte del pequeño ahorro, que busca la inversión segura de una renta regular"¹⁰. Creemos, eso sí, que el pago de anticipos, como figura de excepción, debe mantenerse dentro de límites rigurosos, a efectos de no constituir una forma de reparto de los aportes sociales, con el consiguiente desmedro de la cifra formal del capital.

7. Gregorio De, Alfredo: "De las Sociedades y Asociaciones Comerciales", Vol. II, Bs. As., Ed. Ediar, 1950, p. 84 y siguiente.

8. Esquivel, Ramón, p. 44.

9. Garrigues, Joaquín—Uría, Rodrigo: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, Imp. Samoran, 1953, p. 403. En igual sentido: Halperin, Isaac: "Manual de Sociedades Anónimas", Bs. As. Depalma, 1971, p. 177 y Sussini, M.: "Dividendos de las Sociedades Anónimas", Bs. As., Depalma, 1951, p. 240.

10. Halperin, Isaac, p. 177.

4. VALIDEZ DEL PAGO DE ANTICIPOS Y RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO QUE ACORDARON SU OTORGAMIENTO

Se acepta que sea el directorio, como órgano de administración, el facultado para otorgar anticipos a los accionistas¹¹. Generalmente esta facultad se halla supeditada a la observancia de determinados requisitos para el pago, los cuales se encuentran detallados en la ley y en los Estatutos. De esta forma, el pago será válido en la medida que el directorio cumpla con las formalidades legalmente establecidas. La responsabilidad del órgano social pagador se restringe a la observancia y cumplimiento de aquellas limitaciones impuestas al pago. Consideramos inaceptable el extender la responsabilidad del directorio a un hecho incierto y aleatorio como es la aparición de utilidades al final del ejercicio social¹². Nuestra Ley General de Sociedades no establece ningún tipo de requisito previo para el pago de estas sumas. Si interpretáramos que es de aplicación al caso el artículo 20 de la ley, que trata sobre dividendos y no sobre anticipos, nos encontraríamos con que éste no contiene ninguna pauta que tienda a salvaguardar, en este caso, la integridad del capital social, ya que nada puede garantizar que el beneficio arrojado por un balance parcial sea tal al final del ciclo social. Creemos necesaria la dación de una norma que regule el otorgamiento de anticipos en nuestro país y circunscriba la responsabilidad del directorio al cumplimiento de requisitos previos al pago. Caso contrario, su responsabilidad sólo podrá ser de gestión.

5. EL DIVIDENDO FICTICIO Y EL MONTO NO COMPENSADO DE LO PAGADO POR CONCEPTO DE ANTICIPOS

Existe cierta inclinación a considerar al monto no compensado de lo pagado por anticipos como un dividendo ficticio. De esta forma, la restitución de estas sumas se obtendría, de acuerdo con el artículo 20 de la L.G.S., a título de repetición de dividendos ficticios.

El dividendo ficticio responde a una transgresión dolosa o negligente del balance general, la cual hace aparecer como efectivas ganancias inexistentes. La aparición del dividendo ficticio se halla estrechamente vinculada al balance final del ejercicio económico, ya que sólo él podrá ser capaz de arrojar resultados

susceptibles de ser distribuidos como dividendos. Por otra parte, el anticipo, como hemos dicho, no constituye un dividendo y no se otorga en calidad de tal, siendo éste un hecho legítimo y no engañoso. La aprobación del balance final y la aplicación de utilidades en favor de los socios, no convierte en dividendos los montos repartidos como anticipos, simplemente originará una compensación de créditos. Asimismo, un balance deficitario no convierte en dividendos ficticios los anticipos repartidos, simplemente se tendrá por no compensado el crédito concedido, pasando dicho monto a cuentas por cobrar, convirtiéndose la sociedad en un acreedor más del accionista. En conclusión, sostenemos que el anticipo no compensado no constituye un dividendo ficticio y que la acción de repetición a que se refiere el artículo 20 de la ley, no es aplicable al caso.

6. EL ARTICULO 118 DE LA L.G.S.

El citado artículo prescribe que "en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o **dar anticipos** con garantía de sus propias acciones, bajo responsabilidad del directorio" (El subrayado es nuestro). Estos adelantos no son otros que aquellos otorgados con cargo al dividendo del ejercicio. No imagino otro derecho del accionista que sea pasible de anticiparse que no sea el derecho al dividendo.

Esta norma es la única en nuestra L.G.S. que hace alusión al otorgamiento de anticipos¹³. Decimos alusión, porque el artículo no se ha detenido a regular la figura, ocupándose únicamente de las garantías permitidas para respaldar la operación. Cabe resaltar, que la ley ha visto por conveniente referirse en un mismo precepto a dos formas de otorgamiento de sumas a los accionistas, distintas de las utilidades, y que no son otra cosa que créditos concedidos en forma excepcional. En conclusión, el artículo mencionado permite el pago de anticipos sin restricción alguna. Esta permisión resulta sumamente peligrosa, ya que el capital social se verá afectado en la medida que se otorguen anticipos sin el debido respaldo, toda vez que su incorbrabilidad causará una reducción indirecta de la cifra capital. A esto habría que añadir, el perjuicio inmediato que se irrogará a los acreedores sociales en la medida que se reduzca la prenda social.

La legislación, jurisprudencia y doctrina de aquellos países que han optado por permitir estos pagos, se orientan generalmente por preceptuar ciertos requi-

11. Farina, Juan: "Tratado de Sociedades Anónimas, Parte Especial II—B, Sociedades Anónimas". Rosario, Ed. Zeus, 1979, p. 462 y Sussini, p. 240.

12. El artículo 463 del código de Comercio de Chile, modificado por la ley No. 17308 del 01/07/70, extiende la responsabilidad del directorio a la ulterior existencia de utilidades. La ley No. 19550 y la Resolución No. 14 del 08/11/78 emanada de la Inspección de Personas Jurídicas, ambas de Argentina, restringen la responsabilidad del directorio al cumplimiento de determinados requisitos para el pago.

13. Existen en nuestro medio ciertos dispositivos legales que se han ocupado de esta figura, como son los Decretos Leyes Nos. 20139 y 21533, y, las Resoluciones de CONASEV Nos. 053-80-EF/94.10 y 131-83-EFC/94.10, entre otros. Salvo lo estatuido en el D.L. No. 21533, que luego comentaremos, los dispositivos mencionados sólo se ocupan de prohibir su otorgamiento para determinadas actividades empresariales.

sitos a ser observados en forma previa a su dación. La inobservancia de estas formalidades suele acarrear la responsabilidad solidaria de los miembros del directorio que acordaron el pago indebido. A continuación, haremos un examen de aquellos requisitos que consideramos de cumplimiento necesario para efectuar un pago por lo menos confiable de anticipos a cuenta.

7. REQUISITOS A CUMPLIRSE PARA EL PAGO DE ANTICIPOS

a) Autorización estatutoria

Siendo el pago de anticipos a los accionistas uno excepcional, resulta saludable que el propio Estatuto Social lo contemple expresamente. La jurisprudencia francesa¹⁴, el Código de Comercio de Chile y la ley de Sociedades Anónimas del Brasil contemplan este requisito.

b) Elaboración de un balance parcial que determine el monto del anticipo a distribuir

Resulta necesaria la compilación de un balance especial y de un estado de resultados del período a que se contrae el anticipo, ya que de otro modo no habría forma de determinar con exactitud el anticipo a repartir.

c) Fijación de una tasa máxima

Este requisito se encuentra vinculado con el hecho de que las utilidades en las que se funda el anticipo no tienen el carácter de irrevocables y pueden no estar realizadas totalmente. La posibilidad de que por esta vía se retorne el capital social a los socios, con el consiguiente desmedro de la prenda social, hace necesario condicionar su pago a la observancia de una tasa porcentual máxima, la cual se encuentra referida al monto pagado del capital social. El D.L. No. 21533 del 23 de junio de 1976, restringió el monto a pagar por concepto de anticipos con cargo a las utilidades del ejercicio de 1976 a un máximo del 10 o/o del capital pagado. Resulta ser este artículo el único en nuestro medio que contempló un requisito previo para el pago de estas sumas.

d) Elaboración de una proyección patrimonial de la empresa

La Resolución No. 14 de la I.G.P.J. de Argentina señala, como condición para el abono de anticipos, que la sociedad pagadora elabore un presupuesto financiero proyectado para un período de 12 meses, partiendo del mes siguiente al del balance especial¹⁵. Debe entenderse, que la proyección aludida debe ser

patrimonial y no sólo de caja, ya que se trata de saber si la sociedad podrá obtener o no utilidades al cabo de ese período. Este requisito, generalmente es exigido por aquellas legislaciones que mantienen una constante supervigilancia administrativa sobre las empresas pagadoras de anticipos.

e) Autorización Administrativa

Ante los peligros que puede acarrear a la sociedad el pago de anticipos, algunas legislaciones no se han detenido ni siquiera ante una intervención administrativa. Tal es el caso de la Resolución No. 14 I.G.P.J. de Argentina antes mencionada. En nuestro medio, no sólo es extraña una supervisión administrativa en este caso, sino que la ley, como hemos señalado, no contempla ningún requisito previo para su pago.

f) Imposibilidad de otorgarse en caso hubieran pérdidas acumuladas

Si existe la imposibilidad de hacer una distribución de utilidades sobre la base del balance final cuando se arrastra una pérdida, de acuerdo con el principio de la solidaridad de los ejercicios sociales, con mayor razón deberá ser vetada la operación, si se intenta repartir anticipos con cargo a utilidades cuyo destino es el compensarse, primeramente, con las pérdidas.

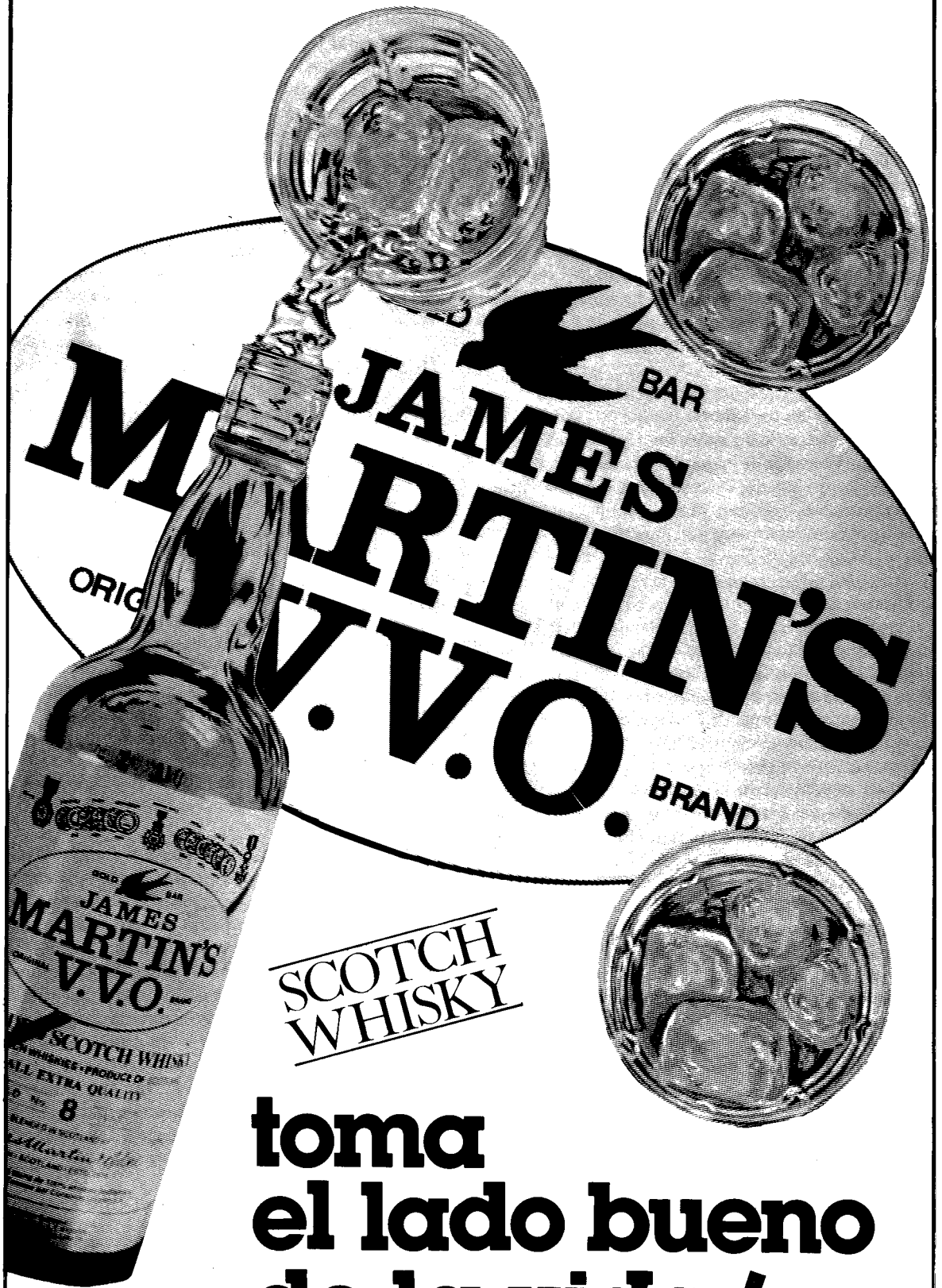
g) Imposibilidad de repartirse mientras no se conozcan los resultados del ejercicio económico anterior

Esta norma se desprende de la propia naturaleza del anticipo, cual es el de ser un crédito con cargo al dividendo del ejercicio en el cual se abonan. De esta forma, antes de reiniciar su otorgamiento, deberá comprobarse que las sumas previamente anticipadas han sido compensadas con las utilidades del ejercicio clausurado. Caso contrario, se estaría repartiendo claramente el capital social.

Con miras a una reforma legislativa, nos parece imprescindible que la ley no sólo contemple en forma expresa su permisión, toda vez que la figura bajo estudio corresponde a una forma excepcional de reparto de sumas a los socios, sino que tome, además, todas las garantías necesarias para que su aplicación no devenga en una burla al principio de la integridad de la cifra capital. De los requisitos mencionados en el presente numeral, los tratados en los literales d) y e) son, a nuestro juicio, de difícil aplicación práctica, dado el desorden y la poca celeridad burocrática que ostentamos. Mientras tanto, nos parece aconsejable insertar en los estatutos sociales una norma que precise y limite los alcances del artículo 118 de la L.G.S.

14. Sussini, M., p. 241.

15. Farina, Juan, p. 462.



**SCOTCH
WHISKY**

**toma
el lado bueno
de la vida!**

La prohibición universal del uso de la fuerza y la lucha contra el terrorismo internacional*

Dr. Dieter Blumenwitz

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

La acción militar emprendida por los Estados Unidos contra el cuartel general de Khadafi, como represalia por la responsabilidad de éste en el ataque terrorista a la discoteca berlinesa "La Bella", ha planteado la interrogante de si es lícito recurrir a este tipo de medidas. A continuación nos ocuparemos de este tema, particularmente bajo el aspecto de la contravención de los EE.UU. a la prohibición universal del uso de la fuerza establecida por la Carta de la ONU y sus excepciones**. Para completar esta problemática discutiremos brevemente las alternativas de la lucha colectiva contra el terrorismo internacional.

I.— LA PROHIBICION UNIVERSAL DEL USO DE LA FUERZA

1. EL ART. 2 INC. 4 DE LA CARTA DE LA ONU Y SUS ALCANCES

La prohibición del uso de la fuerza establecida por la Carta de la ONU prohíbe cualquier amenaza o uso de la fuerza que se dirija contra la integridad territorial o contra la independencia política de una nación, o que sea incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Sólo se prohíbe el uso de la fuerza entre los Estados, es decir en sus relaciones internacionales. Al respecto, el término "fuerza" se debe entender como fuerza militar. A diferencia de sus antecedentes legales la prohibición del uso de la fuerza no solo abarca las acciones bélicas en el sentido clásico, sino también todas las acciones armadas "short of

war". La prohibición del uso de la fuerza no rige para el uso del poder estatal dentro del territorio nacional, como p.ej. en el caso de una guerra civil. Tampoco se aplica a las formas de la lucha ideológica que son típicas para el terrorismo, las cuales deben ser prohibidas y combatidas primordialmente por cada uno, de los Estados y sus ordenamientos jurídicos. La lucha contra el terrorismo es principalmente un asunto que "por su esencia es competencia interna", "domaine réservé" del Estado respectivo. Recién se convierte en un problema de Derecho Internacional cuando las medidas que se aplican para combatirlo sobrepasan el área interna del Estado afectando las relaciones interestatales y la integridad territorial de otro Estado.

El Bombardeo del cuartel general de Khadafi efectuado por la fuerza aérea de los EE.UU. el 15 de Abril de 1986, constituye una violación de la soberanía libia mediante el uso de la fuerza militar, configurando de esta manera los hechos a los cuales se aplica la prohibición del uso de la fuerza contenida en el Art. 2 inciso 4 de la Carta de la ONU. La contravención a esta prohibición sería, sin embargo, irrelevante para la actual práctica política de las naciones, si hubiese perdido su vigencia por el transcurso del tiempo. Esto podría fundamentarse aduciendo que dicha prohibición, en muchos casos no es acatada por los Estados¹. La doctrina norteamericana argumenta, además, que la condición previa para la eficacia de la prohibición del uso de la fuerza es la estructuración de un sistema colectivo de seguridad y de una vasta administración internacional de justicia enmarcada dentro de la organi-

* Traducción por Thémis a cargo de Beatriz Boza.

** Los artículos pertinentes de la Carta son los siguientes:

Art. 2o.— Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1o., la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: inc. 4.— Los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

Art. 51o.— Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inminente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán de manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

1. Scheuner: "Krieg und Bürgerkrieg in der Staatenwelt der Gegenwart", Festschrift für Barber, 1973, p. 467, 481; Bleckmann: "Gewohnheitsrecht trotz widersprüchlicher Praxis?", Völkerrecht als Rechtsordnung. ZaöRV 36, 374, 386.

zación de las Naciones Unidas. No dándose esta condición previa quedaría automáticamente sin efecto la prohibición del uso de la fuerza.

2. INOPERANCIA DEL SISTEMA CREADO POR LAS NACIONES UNIDAS PARA ASEGURAR LA PAZ Y LA LEGITIMIDAD DE LA AUTO-DEFENSA POR PARTE DE LOS ESTADOS

Los estados solo se abstendrían de emplear medidas de fuerza si la ONU ofreciese un sistema eficaz para asegurar la paz. Hasta ahora no existe una administración de justicia obligatoria en el Derecho Internacional; la solución judicial de las controversias es la excepción. Es por ello que la ONU no puede dirimir mediante arbitraje forzoso las controversias que sus miembros no hayan podido solucionar entre ellos. La aplicación de sanciones al agresor fracasa, por regla general, debido al veto interpuesto en el Consejo de Seguridad por alguna de las grandes potencias, o a la discordia política que reina en la Asamblea General. Es por eso, que en la práctica hasta ahora las tropas de las Naciones Unidas no han emprendido ninguna acción que haya ido más allá de preservar y garantizar el status quo; acción que, por cierto, sería jurídicamente legítima.²

Sin embargo, ningún ordenamiento jurídico puede por un lado prohibir el uso de la fuerza sin ofrecer por el otro un sistema eficaz para impedir contravenciones a la ley³. El posible infractor se podría sentir animado a cometer delitos contra el Derecho Internacional, si no temiese ser sancionado por violar la ley. Es evidente que esta situación resulta intolerable.

Desde épocas inmemoriales los Estados han reclamado para sí el derecho a la autodefensa militar. Así, por ejemplo, intentaron proteger por medios militares la vida y la propiedad de sus ciudadanos en aquellos países, que no estaban en condiciones de brindarles esta protección, a pesar de estar obligados a ello según el Derecho Internacional.⁴

Actualmente el derecho a la autodefensa, es decir al uso limitado de la fuerza para la defensa de los intereses fundamentales del Estado, independientemente

de que exista o no una situación defensiva, solo es postulado por la doctrina angloamericana⁵. Este punto de vista solo sería compatible con el Art. 2 inc. 4 de la Carta de la ONU si se restringiese a priori considerablemente la prohibición del uso de la fuerza. En este sentido no estarían prohibidas las acciones violentas destinadas a defender intereses legalmente protegidos, ya que no violarían la independencia política ni la integridad territorial de otro Estado ni serían incompatibles con los propósitos de las Naciones Unidas⁶. Empero, según esta argumentación la prohibición del uso de la fuerza sería ilusoria, y no sería aplicable ya el Art. 51 de la Carta. En esta línea los propósitos de la ONU resultarían meras declaraciones programáticas sin carácter obligatorio, y el objetivo supremo de la Carta, cual es la salvaguarda de la paz, quedaría obsoleto. Concordando el Art. 2 inc. 4 (norma de prohibición) con el Art. 51 (excepción) habría que suponer que la Carta no admite represalias armadas ni la autodefensa que excedan el marco del derecho de autodefensa establecido en el Art. 51⁷. Con razón, la Corte Internacional no ha hecho suya esta argumentación rechazando expresamente la legitimidad de la autoayuda basada en medios militares.⁸

La autodefensa basada en medios pacíficos si es posible; p. ej. sería legalmente admisible que los EE.UU. hubiesen ejercido presión política sobre Libia. La acción militar, en cambio, no resulta compatible con la prohibición del uso de la fuerza establecida por la ONU.

II. EXCEPCIONES A LA PROHIBICION DEL USO DE LA FUERZA EN EL CASO DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

Con la prohibición de la autodefensa militar aun no queda solucionado el problema del uso de la fuerza entre los Estados. Si la acción pacífica fuese la única posibilidad de defensa, los Estados tendrían muy pocas posibilidades efectivas para defenderse de las violaciones a la prohibición del uso de la fuerza. No se podría frenar el uso de la fuerza por falta de contramedidas adecuadas. Es por eso, que la Carta de la ONU prevé en su Art. 2 inc. 4 excepciones a esta prohibición. Además de las medidas coercitivas apli-

2. Ver Art. 42 ONU-Charta.

3. Kelsen: "The Law of the United Nations", 1951, p. 270 (traducción); en igual sentido, Stone: "Aggression and World Order", 1958, p. 96; Rölling: "Hat des Kriegsverbot noch einen Sinn?", JIR 14 (1969), p. 181; Reisman: "Coercion and Self-Determination: Constructing Charter Article 2 (4)", AJIL 78, 1984, p. 642-643.

4. Seidl-Hohenveldern: "Völkerrecht", 5. edición, 1984, p. 390.

5. Bowett: "Self-Defence in International Law", 1958, p. 184 ss.; Stone: "Conflict through Consensus", 1977; Mc Dougall Feliciano: "Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion", 1967, p. 121, ss. 207 ss.

6. Así con razón Hailbronner: "Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots" en, Schindler/Hailbronner: "Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots", 1986, p. 73.

7. Verdross Simma: "Universelles Völkerrecht", 3. edición 1984, p. 294; Wildhaber: "Gewaltverbot und Selbstverteidigung", en Schaumann: "Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung", 1971, p. 156; Menzell Ipsen: "Völkerrecht" 2. edición, 1979, p. 347.

8. Cfr. el fallo de la Corte Internacional de La Haya del 9.4.1949 acerca del incidente de Korfú, ICJ Rep. 1949, p. 35: "The Court cannot accept such a line of defence. The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organization, find a place in international law. Intervention is perhaps still less admissible in the particular form it would take here; for, from the nature of things, it would be reserved for the most powerful States, and might easily lead to perverting the administration of international justice itself".

tulo VII de la Carta y las que se aplicaron contra los Estados enemigos durante la Segunda Guerra Mundial (Art. 53 y 107), las excepciones mencionadas comprenden cuestiones relacionadas con el derecho a la legítima defensa individual o colectiva conforme al Art. 51, el derecho a la legítima defensa en tiempos de guerra según el Derecho Internacional, la problemática de la intervención humanitaria y el peligro de privilegiar el terrorismo.

1. EL DERECHO NATURAL DE AUTODEFENSA EN EL CASO DE UNA AGRESION ARMADA (SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE PAZ)

a) La aplicación del Art. 51 de la Carta de la ONU supone que un miembro de las Naciones Unidas esté expuesto al ataque armado de otro Estado miembro. De esto se deduce que solo se podría justificar la acción de la fuerza aérea norteamericana contra Libia si esta fuese responsable por la acción de los terroristas.

(1) La declaración de la Asamblea General de la ONU sobre relaciones amistosas y cooperación entre los Estados⁹ impone a los Estados la obligación "to refrain from organizing, instigating, assisting or participation in acts of civil strife or terrorist acts in another state of acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission or use of force". Se prohíbe, además, apoyar y financiar las actividades terroristas dirigidas contra el gobierno de otro Estado.¹⁰

La Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de fecha 14 de diciembre de 1974¹¹ que define el concepto de la agresión, va aún más allá: determinados casos de terrorismo internacional pueden configurar el acto de agresión tipificado por el Derecho Internacional. Según lo dispuesto por el Art. 3, los siguientes actos son considerados actos de agresión, independientemente de que exista o no una declaración de guerra: "el envío de bandas armadas, grupos partisanos o mercenarios por parte de un Estado o al servicio de este, si ejecutan acciones armadas contra otro

Estado que sean tan graves que equivalgan a los actos antes mencionados¹², o si tienen una participación importante en un envío de esta índole".

Esta resolución parece ajustarse perfectamente a nuestro caso;¹³ sin embargo, solo es aplicable de manera limitada. Por un lado el valor de la definición se ve disminuido, debido a que no tiene carácter obligatorio: siendo una Resolución de la Asamblea General solo tiene carácter de recomendación. Por otro lado, esta Resolución fue adoptada para concretar el concepto del acto de agresión (act of aggression) consignado en el Art. 39, más no para definir el "ataque armado" en el sentido del Art. 51 de la Carta de la ONU¹⁴. El Art. 6 de dicha Resolución aclara de manera inequívoca que la Resolución **no** pretende reglamentar el derecho a la legítima defensa contra ataques armados¹⁵.

Debemos, en consecuencia, diferenciar con nitidez "ataque armado" y "agresión"¹⁶. De acuerdo al espíritu de la Carta es preferible el quebrantamiento de una norma, antes que la aplicación de la fuerza, ya que ésta acarrea el peligro de una escalada en las relaciones entre los Estados. En caso de permitir la legítima defensa (autodefensa) contra cualquier tipo de agresión peligraría la paz. Por estas razones, un "ataque armado" implica, en realidad, algo más que una agresión. Bajo el concepto de "ataque armado" no se debe entender cualquier aplicación de la fuerza en el sentido del Art. 2 inc. 4 de la Carta de la ONU, si no sólo la aplicación de fuerza por medios militares que alcancen determinado grado de intensidad. Para el ejercicio de la legítima defensa no basta p. ej. un pequeño incidente fronterizo¹⁷, tampoco es suficiente la incursión prohibida de aviones extranjeros (a menos que éstos sean aviones de combate)¹⁸; sin embargo, por otro lado, no es necesario que las tropas hayan traspasado la frontera.

Si bien es sabido que la definición de ataque no supone la existencia de un "ataque armado", aquella puede ser utilizada para interpretar este último. En parte se supone inclusive que dichos conceptos son idénticos¹⁹. Una equiparación así podría

9. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, Resolution 2625 (XXV). Text: AJIL 1971, p. 243 ss; traducción alemana en Müller/Wildhaber: "Praxis des Völkerrechts", 2. edición 1982, p. 493 ss. und Vereinte Nationen 1978, p. 138 ss.

10. Cfr. el principio VI párrafo 4 del Catálogo de Principios del Acta Final de la Conferencia de Helsinki del 1o. de Agosto de 1975: "Los estados se abstendrán de apoyar directa o indirectamente actividades terroristas, subversivas o análogas destinadas a derrocar al gobierno de otro estado contratante".

11. Texto United Nations, Press Release GA 5194 del 20.12.1974; traducción al alemán Europa-Archiv 1975 D 318.

12. Invasión o ataque por parte de las tropas de otro estado; disparo o bombardeo; bloqueo de puertos o litoral; ataque a las tropas.

13. Cfr. "Libyen war am Berliner Anschlag beteiligt", FAZ del 16.4.1986, 4; "Das libysche Volksbüro zog die Fäden". FAZ del 16.4.1986, p. 4.

14. Randelzhofer: "Die Aggressionsdefinition der Vereinten Nationen". EA 1975, 621; Kersting: "act of aggression" und "armed attack". NZWehr, 1981, 132.

15. "Nothing in paragraph 3 above shall be construed as intitling the State exercising a right of individual or collective self-defence, in accordance with Article 51 of the Charter, to take any measures not reasonable proportionate to the armed attack against it".

16. Vildhaber, p. 155.

17. En la Conferencia de Ginebra sobre Desarme (1935) se excluyó expresamente este ejemplo de la definición de agresión. Cfr: Conférence pour la réduction et limitation des armements. IX Désarmement 1935, IX, 4, Tomo 2, p. 684.

18. Verdross/Simma, p. 290; Hailbronner: "Der Schutz der Luftgrenzen im Frieden", 1972, p. 43.

19. Kersting, p. 143.

resultar exagerada; habrá que verificar en cada caso si se trata realmente de un ataque armado. En este sentido; la definición de agresión nos puede dar valiosas luces.

(2) Además de las dificultades que surgen al definir el "ataque armado", se presenta el problema de concretar este concepto en relación a los actos terroristas. La agresión en el caso del terrorismo internacional es indirecta y se caracteriza por el hecho de que ciudadanos de determinado Estado actúan en contra de otro Estado, sin que aparezca éste directamente. Es por ello que el concepto del ataque armado debe ser definido por separado para el caso de la agresión indirecta. No existe ataque armado si las personas sólo reciben del Estado armas, refugio, apoyo financiero y capacitación, ya que esto no cumple con la característica del término "armado".²⁰

En los casos del terrorismo dirigido por un Estado, el apoyo que se presta a los terroristas va más allá de las medidas arriba mencionadas. En estos casos se introduce clandestinamente personas para que lleven a cabo acciones violentas. Como las personas o grupos de personas actuantes no son órganos del Estado que los envía, no se puede responsabilizar a este Estado por los actos perpetrados por aquellos. Sin embargo, por otro lado el Estado que los ha enviado no puede eludir su responsabilidad ante el Derecho Internacional por el hecho de no haber actuado a través de sus órganos sino a través de terceras personas. De no ser así, el Estado tendría la posibilidad de eximirse de responsabilidad. Por eso se justifica la equiparación hecha entre los órganos del Estado y las otras personas "enviadas".

Esta conclusión se desprende de la codificación de la responsabilidad internacional realizada por la International Law Commission (ILC). De conformidad con lo dispuesto por el Art. 8 del proyecto elaborado por la ILC²¹, los actos de una persona o grupo de personas son imputables a un Estado desde el punto de vista del Derecho Internacional, si p. ej. consta que la persona o el grupo de personas ha actuado de hecho, en nombre de dicho Estado. El Estado estaría reconociendo el ejercicio de funciones públicas si envía grupos del tipo descrito en la definición de agresión conforme al Art. 3g, para que ejecuten acciones armadas, o si el Estado tiene una participación importante en estos casos. Según el Art. 3g el Estado que ha enviado a estas personas o grupos es responsable internacionalmente. El envío de terroristas representa un ataque armado en el sentido del

Art. 51 de la Carta de la ONU, siempre y cuando éstos actúen por orden de un Estado.

Asimismo, los terroristas deben actuar armados. Este hecho se da en atentados terroristas de gran envergadura ejecutados empleando armas automáticas y explosivos. El atentado debería ser de tal gravedad que pueda ser equiparado con los demás actos mencionados en el Art. 3 que define la agresión²². Esto no se puede suponer si se trata de un único atentado de efectos muy limitados. De ahí que, p. ej., el atentado contra la discoteca berlinesa "La Belle" no sea suficiente para acogerse al derecho de legítima defensa contemplado en el Art. 51.

Sin embargo, cabe imaginar casos en los cuales la agresión sea de tal naturaleza que hagan presumir la existencia de un ataque armado. Esto es válido por ejemplo en relación a la amenaza hecha por Khadafi de enviar comandos suicidas, o para el terrorismo que emplea cargas explosivas nucleares.

Tratándose de la agresión indirecta el problema radica en determinar si la suma de pequeños asaltos armados, que aisladamente no justificarían el derecho a la legítima defensa, puede justificarlo²³. Israel ha invocado este tipo de "accumulations of events" en su lucha contra las guerrillas palestinas²⁴, lo mismo que Francia en relación a Túnez y Gran Bretaña con ocasión de la invasión del Yemén²⁵.

La acumulación de varios atentados de menor importancia debe dar derecho a acogerse a la legítima defensa por que el agresor puede llevar a cabo otros atentados sin correr mayores peligros (salvo la aplicación de sanciones pacíficas relativamente inofensivas). Esto supone, sin embargo, una estrecha vinculación temporal que obedezca a un plan integral, así como la identidad entre atacante y atacado.

La prohibición de la autodefensa preventiva no resta legitimidad a estos contraataques, ya que la legítima defensa no sólo se da como defensa de un ataque inmediato. Si el atacante reincide en su agresión con cierta regularidad, la lucha contra la fuente de ésta para evitar nuevas agresiones constituye un acto de legítima defensa.

(3) El ataque armado terrorista no supone necesariamente que los terroristas tengan el carácter de combatientes²⁶. La noción de combatientes es un término del Derecho Internacional en tiempos de guerra que designa a aquellas personas que puedan ejecu-

20. Schindler, p. 35.

21. YBILC 1975 II. S. 60

22. Texto United Nation. Press Release GA 5194 v. 20.12.1974; traducción al alemán cfr. el fallo Nicaragua de la Corte Internacional citado por Europa-Archiv 1975 D 318: vgl. dazu auch die Nicaragua Dolzer FAZ del 30.6.1985, p. 5

23. Cfr. Schindler p. 35.

24. Bowett: "Reprisals Involving Recourse to Armed Force". AJIL 66 (1972), p. 5ss.; Whiteman: "Digest of International Law" 12, p. 161 ss.

25. Bowett, p. 8; Whiteman, p. 156 ss.

26. Verdross/Simma, p. 287.

tar acciones bélicas (combatientes activos) y contra las cuales se pueden ejecutar estas acciones (combatientes pasivos). El término combatiente es irrelevante en el campo del Derecho Internacional en tiempos de paz, en el cual nos encontramos.

(4) Para configurar una situación internacional la agresión debe estar dirigida contra el Estado como tal. Un ataque contra aviones comerciales o ciudadanos no es suficiente. Los ciudadanos de un Estado que residen en el extranjero no pueden ser considerados puestos externos de este Estado en el extranjero, y un ataque contra ellos no puede equipararse a un ataque contra el territorio soberano de este Estado²⁷. Algunos sostienen que un Estado que procede contra ciudadanos extranjeros comete ipso facto un ataque armado contra la patria de los extranjeros afectados²⁸. Se argumenta que los ciudadanos afectados son parte de la población del Estado y por lo tanto son elementos constitutivos de su Estado patrio, el cual se puede sentir agredido a través de los actos de fuerza cometidos en contra de sus ciudadanos. Asimismo, hay que considerar que los ciudadanos americanos no se ven afectados por actos terroristas de manera casual o debido a un comportamiento general de hostilidad frente a los extranjeros, sino que estos actos están dirigidos deliberadamente contra los Estados Unidos. Los objetivos de los actos terroristas son, en primer lugar, bases norteamericanas en el extranjero o establecimientos frecuentados por soldados norteamericanos. Una acción de este tipo dirigida contra un Estado y no contra personas puede justificar el ejercicio de la legítima defensa contenida en el Art. 51.

b) La legítima defensa (según el Derecho Internacional en tiempos de paz)

Es lícito emplear la utodefensa contra un ataque armado; sin embargo, el propio Art. 51 la restringe:

- (1) Las medidas tomadas en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad.
- (2) Dichas medidas serán suspendidas en cuanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Cualquier Estado que prosiga sus acciones de autodefensa más allá de este plazo, comete un acto ilegal²⁹

Sólo aquellas acciones encaminadas a repeler un ataque ilegal constituye legítima defensa. Al respecto debe salvaguardarse el principio de la proporcionalidad, es decir, la defensa no puede ser más grave que la agresión. No se puede admitir un exceso en la legítima defensa por eso al repeler una agresión indirecta

no se puede justificar el uso irrestricto de fuerza contra el Estado agresor. En aras de la proporcionalidad, la legítima defensa sólo puede dirigirse contra la fuente de las agresiones³⁰. La defensa debe seguir siendo una defensa auténtica: la adopción de represalias es inadmisibles.

Asimismo, queda prohibida la defensa preventiva contra un ataque aún no realizado. El terrorismo no presenta problemas al respecto en la medida que, como se ha explicado, exista una relación entre los diferentes actos terroristas.

2. LA LEGITIMA DEFENSA ANTE UN ATAQUE ARMADO (SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE GUERRA)

En caso que los actos terroristas alcancen tales proporciones que configuren un estado de guerra se suscitan algunas diferencias en relación a lo expuesto líneas arriba en lo que se refiere a la legitimidad de las contramedidas. En tiempos de guerra es posible adoptar cualquier medida de fuerza dentro del marco del *ius un bello*. El principio de la proporcionalidad que rige la prohibición del uso de la fuerza establecida por el Derecho Internacional en tiempos pacíficos, no tendría vigencia en este caso. La guerra permite perjudicar al enemigo, incluso de manera desproporcionada. Los Estados involucrados tratarán, sin embargo, que sus conflictos no alcancen el estado de guerra en el sentido del Derecho Internacional; consideraciones de orden público tratarían de evitarlo.

3. LA INTERVENCION HUMANITARIA

El terrorismo moderno no es solo un fenómeno concomitante a la guerra entre los Estados— tal como p. ej. los movimientos clandestinos y la lucha de guerrillas; su táctica resulta particularmente eficaz y contundente en tiempos de paz exterior. Es precisamente bajo las condiciones establecidas por el Derecho Internacional en tiempos de paz, que resulta particularmente difícil tomar medidas contra operaciones terroristas internacionales. Por regla general, los cabecillas no se identifican. El conocerlos conduce a reflexiones diametralmente opuestas respecto de las posibles contramedidas a adoptarse —tal como se vió en las recientes acciones sirias y libias.

a) El instrumento más importante y a la vez el más discutido del Derecho Internacional en tiempos

27. Así Strobel: "Nochmals zur Gelsenbefreiung in Entebbe", *ZaöRV* 37 (1977), p. 705 ss; con razón contradice Verdross/Simma, p. 290.

28. Franke: "Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland — insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der VN", *öZöR* 16 (1966), 146.

29. Berber: "Lehrbuch des Völkerrechts", II, Tomo, 1969, p. 45.

30. Schindler, p. 36

de paz, destinado a contrarrestar acciones terroristas, es la así llamada intervención humanitaria.³¹

(1) La intervención humanitaria es discutible por haber pertenecido al instrumentario clásico de la política empleada por las grandes potencias ("política de cañonera"). Las grandes potencias se aprovecharon de algunas violaciones relativamente insignificantes de los derechos humanos o de la confiscación de bienes de sus ciudadanos, para lograr sus objetivos hegemónicos. Por esta razón, todas las legislaciones modernas al principio de la no intervención no prevén ninguna excepción.

(2) Sin embargo, el Derecho Internacional moderno protege los derechos humanos por lo menos con la misma intensidad como lo hace en el caso de la integridad territorial de los Estados. El terrorismo implica violaciones gravísimas de los derechos humanos que no se pueden tolerar con las manos cruzadas, a menos que no se afecte el orden jurídico internacional en su totalidad.

Vía interpretación habrá que encontrar una solución que tome en cuenta la prohibición de la intervención, y que simultáneamente proporcione la salvaguarda efectiva a los derechos humanos³². Esto sería posible mediante la intervención (limitada a proteger la integridad física, la salud y la libertad) en la soberanía territorial de un Estado que no observe los derechos humanos fundamentales o que no esté dispuesto a protegerlos de manera suficiente. Una intervención de esta índole, limitada a lo más indispensable, se justifica por la imperatividad de los derechos humanos ("ius cogens") y por la universalidad de su aplicación ("erga omnes")³³

b) Según las normas del Derecho Internacional en tiempo de paz se puede proceder contra los Estados que en su afán de apoyar el terrorismo internacional violan los derechos humanos; las medidas que

se pueden emplear son la "retorsión" (p. ej. la supresión de beneficios económicos) o la "represalia" (violación de los derechos del transgresor basándose en que éste violó con anterioridad otros derechos). La represalia es el medio "más ofensivo" para imponer una política de derechos humanos que pueda contrarrestar el terrorismo internacional; sin embargo, es cuestionable que la coacción masiva sea, a su vez, el medio "más efectivo" en las relaciones internacionales. Mientras que los Estados Unidos han tenido cierto éxito con su política ofensiva en materia de derechos humanos³⁴, la República Federal Alemana mantiene una actitud reservada, que se puso en evidencia durante las discusiones sobre Libia y su participación en acciones terroristas. Actualmente la posibilidad de ejercer coacción como represalla por graves violaciones al Derecho se ve restringida considerablemente por la interdependencia política, económica y militar. En los últimos años el Ministerio de Relaciones Exteriores de la RFA ha declarado en repetidas ocasiones que no considera útil las represalias contra los Estados que violen los derechos humanos; la experiencia enseña que ni la proscripción ni el aislamiento cambian la actitud internacional de un Estado, ni lo hacen entrar en razón respecto de los derechos humanos. Las medidas empleadas por la denominada "diplomacia silenciosa" y las conversaciones bilaterales acerca de las personas en situación de apremio resultan más útiles. El consenso internacional, que en 1856 condujo a la proscripción de la piratería, no se da en el caso del terrorismo (incluyendo la piratería aérea). a la proscripción de la piratería, no se da en el caso del terrorismo (incluyendo la piratería aérea).

Finalmente, lo expuesto también es aplicable a las tentativas bilaterales y multilaterales que buscan restringir e impedir el terrorismo internacional empleando los medios del Derecho Penal. Estos intentos demuestran "el fraccionamiento del panorama internacional en intereses, imperialismos e ideologías y sus consiguientes simpatías y antipatías"³⁵

31. El término "intervención humanitaria" abarca, p. ej., la espectacular acción israelí en Entebbe para liberar a los pasajeros, en su gran mayoría israelíes, del avión de la línea aérea El-Al, o el fracasado intento de liberar a los rehenes de la embajada norteamericana de Teherán; no así en cambio, la liberación del jet "Landshut" de Lufthansa en Mogadishu, porque la unidad especial de la Policía Federal de Fronteras actuó de común acuerdo con las autoridades de Somalia, con lo cual, desde un principio, quedó excluida la intervención.

32. Véase en este sentido el cuarto inciso del décimo Principio del Catálogo de Principios del Acta Final de la Conferencia de Helsinki: "Todos los principios antes mencionados son de importancia fundamental y por tanto se aplican de manera uniforme y sin reservas, interpretándose cada uno de ellos tomando en cuenta los demás".

33. Mientras la acción israelí en Entebbe se limitó a transgredir en lo mínimo posible la soberanía territorial de Uganda (destrucción de aviones en el aeropuerto de Entebbe para impedir la persecución), la invasión norteamericana a la isla de Granada excedió claramente el marco de la intervención humanitaria (salvación de ciudadanos norteamericanos de las turbulencias de la guerra civil) — los norteamericanos en este caso sólo pueden alegar que el gobierno "de jure" (¿gobernador Scoon?) solicitó su ayuda.

En cualquier momento, empleando medios violentos se hubiera podido rescatar el barco "Achile Lauro" que estaba en poder de los terroristas: (a) En alta mar lo pudo haber hecho el Estado de bandera o con su consentimiento; (b) en el puerto extranjero como "intervención humanitaria". En cambio, la interceptación de los aviones egipcios en que iban los autores de la acción terrorista pertenecientes a la OLP, por parte de la fuerza aérea norteamericana no constituye ninguna intervención humanitaria sino una sanción que viola la soberanía egipcia. El ataque israelí contra un campo palestino en Túnez en represalia por el asesinato de ciudadanos israelíes en Chipre, es una represalia violenta contra Túnez prohibida por el Derecho Internacional en tiempo de paz — no importa si Túnez dio refugio a los palestinos terroristas.

34. Cfr. p. ej. Schachter: "International Law Implications of U.S. Human Rights Politics", New York Law School Law Review 1978, p. 63 ss.

35. Rumpf: "Völkerrechtliche Probleme des Terrorismus", en Aussenpolitik 1985, p. 398.

4. El peligro de privilegiar el terrorismo internacional

a) El terrorista como luchador por la libertad.

Uno de los problemas de mayor actualidad y más discutido en Derecho Internacional es la tipificación de la lucha por la liberación de los pueblos. Así p. ej. Libia al apoyar la organización terrorista de la OLP pretende apoyar las legítimas reivindicaciones del pueblo palestino para obtener su autodeterminación, denegada por el régimen sionista-racista de Jerusalén.

Mientras los Estados de Occidente aplican a las guerras de liberación las normas tradicionales del Derecho Internacional que rigen la guerra civil, los países socialistas y las naciones del Tercer Mundo defienden la tesis que los conflictos que surgen en territorios dependientes son de carácter internacional. Con ello, la doctrina de la guerra justa que ya se creía superada, ha llegado a tener un nuevo campo de aplicación. La distinción entre el ejercicio "justo" y el ejercicio "injusto" de la fuerza no puede remediar la ausencia de paz mundial. Dado que los Estados deciden sus asuntos como juez y parte, rehuendo la intervención jurisdiccional de la Corte Internacional de la Haya, cada Estado considera que sus actos son justos.

La ratio legis de la prohibición universal del uso de la fuerza contenida en la Carta de la ONU es la supremacía de la paz sobre el concepto de justicia que pudiera tener cada Estado. En esta línea la Carta solo concebiría el uso de la fuerza para contrarrestar el uso "auténtico" de la fuerza. En cambio, el colonialismo no sería una forma genuina del uso de fuerza que justificase el empleo de la fuerza contraria. Todos los problemas de la lucha contra el terrorismo internacional radican, en última instancia, en la contradicción intrínseca existente entre la prohibición universal del uso de la fuerza y la lucha por la liberación. No se trata de una contradicción imputable al Derecho Internacional o a la ciencia del Derecho Internacional. Esta se debe, más bien, a la conducta de muchos Estados que al reafirmar o perfeccionar la normatividad del Derecho Internacional a nivel de las Naciones Unidas buscan obtener ventajas para sí o para determinado grupo de Estados, por medio del sectarismo o parcialidad.

b) El Terrorista como Combatiente

Este sectarismo y parcialidad no sólo obstaculi-

zan la delimitación del uso de la fuerza en las relaciones interestatales (es decir, en el "ius ad bellum"), sino también la restricción de los medios a emplearse ("ius in bello") y, además, tienen trascendencia en la lucha contra el terrorismo. Algunos Estados del Tercer Mundo con el apoyo del Bloque Oriental no sólo han logrado privilegiar la "lucha justa por la liberación" sino también —trasgrediendo las normas del Derecho Internacional clásico en tiempo de guerra— reconocer los medios y métodos típicos de lucha que caracterizan a esta forma de uso de la fuerza.

(1) El Derecho Internacional clásico en tiempo de guerra parte de la rigurosa distinción entre combatientes y no combatientes; con ello se quiso que el uso de la fuerza en caso de guerra quedara restringido a un determinado grupo de personas responsables por las acciones bélicas, que la población civil quedara protegida y que se evitase la guerra nacional total y caótica. Los francotiradores y guerrilleros que operaban "en la clandestinidad" o tras las líneas de las tropas enemigas, no tenían derecho a intervenir en los sucesos bélicos; en caso de caer en manos del enemigo, no se les consideraba prisioneros de guerra sino delincuentes comunes.

(2) Ya los textos del Derecho Internacional en tiempo de guerra sancionados al terminar la Segunda Guerra Mundial³⁶ flexibilizaron la rigurosa distinción entre combatientes legales y guerrilleros, en reconocimiento al valioso aporte de los movimientos de la resistencia que lucharon contra las potencias del eje. El Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1948 sobre la protección a las víctimas de conflictos armados internacionales del 12 de diciembre de 1977³⁷ recoge esta tendencia. En principio, este así llamado protocolo I, aun no ratificado por la RFA, equipara en todos los aspectos humanitarios la lucha nacional por la liberación con los conflictos internacionales. Según el Art. 1 inc. 4, el Protocolo regula los "conflictos armados en que los pueblos en ejercicio de su derecho de autodeterminación luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera, así como contra regímenes racistas".

cional en tiempo de paz — no importando si Túnez dió refugio a los palestinos terroristas.

36. Los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derechos Humanitarios de Guerra del 12 de agosto de 1949, celebrados para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas de Tierra (I), de Mar (II), sobre el trato de los prisioneros de guerra (III) y para la protección de personas civiles en tiempos de guerra (IV), se aplican según lo dispuesto por sus respectivos Art. 2 en el caso de "otro conflicto armado que surja entre dos o más altos Estados contratantes, aun si el estado de guerra no es reconocido por una de estas partes". En el correspondiente Art. 4 inciso 3 del Convenio por primera vez, los miembros de la resistencia reciben igual trato que los combatientes legales de tal suerte que si caen en manos del enemigo, se les reconoce el status de prisioneros de guerra. Su status de combatiente, sin embargo, depende de que (a) estén encabezados por una persona quien sea responsable por sus subordinados, (b) lleven consigo un distintivo permanente y reconocible desde lejos, (c) porten armas abiertamente, y (d) al ejecutar sus acciones bélicas cumplan con las leyes y costumbres de guerra.

37. Texto Bothel/Ipsen/Partsche: "Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht — Verlauf und Ergebniss", en: *ZaöRV* 1978, S. 1, 86-156. Fricke: "Ein neues Kapitel im humanitären Kriegsvölkerrecht? Zwei Zusatzprotokolle zu den Vier Genfer Rotkreuzkonventionen", en *NU*, 1976, p. 178ss.

38. En relación a los problemas actuales ver BT-Drs. 10/445 del 5.10.1983.

Con ello, el "freedomfighter" se convierte, en principio, en un combatiente legítimo. De conformidad con lo dispuesto por el art. 44, párrafo 3, del Protocolo I éste se caracteriza por portar armas abiertamente durante la preparación y actos inminentes al ataque³⁹. Sin embargo, no queda claro el significado real de los términos "preparación" y "despliegue" (en inglés "deployment") para la guerra de guerrillas con fines de liberación⁴⁰. No se debe subestimar el peligro de la "legalization of terrorism"⁴¹ por el moderno y humanitario Derecho Internacional en tiempo de guerra. Este peligro se advierte, sobre todo, allí donde los conflictos entre los Estados (como por ej. en el Cercano Oriente) se prolongan por decenios y en los cuales los Estados están dispuestos a enfatizar sus objetivos políticos apoyando un frente de liberación.

III. MEDIDAS EMPLEADAS POR LA COOPERACIÓN ENTRE LOS ESTADOS PARA LUCHAR CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL

Pese a que determinados círculos políticos coronan al terrorista con la aureola de luchador por la libertad y defensor de una causa justa, el terrorista sigue siendo "un delincuente desde el punto de vista del Derecho nacional"⁴². Los tratados antiterroristas del Derecho Internacional pertenecen al Derecho Penal. La tarea del ordenamiento jurídico internacional es reglamentar las medidas necesarias para la cooperación internacional. Los acuerdos postulan sistemáticamente diferentes planteamientos:

- En parte se intentó proscribir el terrorismo a nivel internacional, cualquiera que fuera su forma, tanto en tiempos de guerra como de paz, empleando en su lucha los medios del Derecho Penal nacional e internacional tal como se hizo con la piratería marina.
- Paralelamente se intentó proteger aquellos objetos que corren un mayor peligro frente al terrorismo internacional (por ej. el tráfico aéreo y los diplomáticos) e impedir determinados actos particularmente reprobables (como por ej. el secuestro).
- Aquello que no se puede lograr a nivel nacional debido a las diferentes concepciones ideológicas y objetivos políticos, tal vez pueda realizarse en esferas jurídicas más pequeñas: los acuerdos anti-terroristas regionales cumplen esta función.

- Finalmente también se propugna la solución bilateral para los problemas de terrorismo surgidos entre dos Estados.

1. El asesinato del rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro francés de relaciones exteriores Barthou, cometido por extremistas croatas el 9 de octubre de 1934 en Marsella, fue la causa de la elaboración de la Convención de Ginebra para prevenir y combatir el terrorismo del 16 de noviembre de 1937⁴³ suscrita por 24 gobiernos de Europa, Latinoamérica, Unión Soviética, Egipto y la India, pero que, sin embargo, nunca entró en vigencia debido a la Segunda Guerra Mundial. La Convención contiene la primera (y hasta ahora única) definición de terrorismo consignada en un documento oficial de Derecho Internacional: "criminal acts directed against a state and intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons or general public" (art. 1).

El Art. 2 de la Convención estipuló la creación de un tribunal internacional en lo penal con sede en La Haya para el juzgamiento facultativo de terroristas internacionales; por lo demás dispuso la extradición obligatoria o la acción penal en el propio país ("aut dedere aut judicare").

Cuando en los años setenta el terrorismo internacional adquirió alcances insoportables, los Estados Unidos intentaron, una vez más, que la Asamblea General de las Naciones Unidas estableciera una convención universal contra el terrorismo: la Draft Convention for the Prevention and Punishment of Certain acts of International Terrorism⁴⁴. Esta fracasó debido a la resistencia que opusiese el Tercer Mundo y el Bloqueo Oriental, no obstante que la Convención reconocía el status especial de los "partisanos".

2. En la práctica los Estados han tomado medidas contra determinadas actividades terroristas. Al principio el "hijacking" o secuestro de aviones con secuelas criminales ocupó el primer plano. En este contexto hay que destacar tres tratados:

- La Convención de Tokio sobre actos punibles y otros actos cometidos a bordo de aeronaves del 14 de setiembre de 1963 (en vigencia desde el 4-12-1969)⁴⁵;
- La Convención de La Haya para combatir la toma de posesión ilegal de aeronaves del 16 de diciembre de 1970⁴⁶, y

39. Cfr. Menzel/Ipsen, P. 543.

40. Blumenwitz: "Die Dritte Welt dringt in Genf auf Anerkennung der Partisanen", DIE WELT del 24.5.1977, p. 5.

41. Cfr. Green: "Double Standards in the United Nations: The Legalization of Terrorism", en: Archiv des Völkerrechts, 1979, p. 129 ss.

42. Cfr. Oppermann: "Der Beitrag des internationalen Rechts zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus", Festschrift für Schlochauer (1981), p. 504.

43. Texto Manley O. Hudson: "International Legislation", Tomo 7 (1941), p. 862 ss.

44. Texto Department of State Bulletin del 16.10.1972, p. 431 ss. Lagoni, Archiv 1977, p. 171 ss.

45. Texto Alexander/Browne/Nanes: "Control of Terrorism. International Documents". 1979, p. 45 ss. McWhinney: "The illegal diversion of aircraft and international law". Recueil de Cours, Tomo 138 (1973/I), p. 267 ss.

46. BGBl. 1972 II S. 1505 ss.; vgl. BT-Drs. VI3272/3820.

- El Convenio Suplementario de Montreal del 23 de setiembre de 1971⁴⁷ que protege contra el sabotaje a las aeronaves e instalaciones aeronáuticas.

Por razones políticas estas tres convenciones no mencionan el término "terrorismo". Lo mismo sucede con la Convención del 14 de diciembre de 1973, que protege a los diplomáticos, la cual, sin embargo, se propone de manera inequívoca impedir actos terroristas contra personas que gozan de protección⁴⁸. Pese a todo esto la Asamblea General estimó necesario dotar a la convención de una aclaración en favor de la lucha nacional por la liberación: la Resolución 3166 (XXVIII) explica "that the provisions of the annexed Convention could not in any way prejudice the exercise of the legitimate right of self-determination and independence. . . by peoples struggling against colonialism, alien domination, foreign occupation, racial discrimination and apartheid".

En 1973 las Naciones Unidas reflexionaron sobre posibles atentados contra diplomáticos cometidos so pretexto de luchas de liberación nacional. Con posterioridad, la toma de rehenes en la embajada norteamericana de Teherán, convierte esto en una triste realidad.

La RFA ha intentado poner en vigencia la Convención de las N.U. contra la toma de rehenes⁴⁹ del 18 de diciembre de 1979. Esta convención tampoco llama al terrorista por su verdadero nombre. Parte de la identidad del "delincuente que toma rehenes", es decir, "aquel que se apodera de una persona (rehén) o quien la mantiene en su poder, amenazándola de muerte, daño a su integridad física o continuar privándole su libertad con el fin de obligar a un tercero. . . a que realice una acción u omisión, como condición expresa o tácita para liberar al rehén". El "tercero" es "un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica, o un grupo de personas" (art. 1). Pese a su ambigüedad y a su inaplicabilidad en caso de guerra y de lucha nacional por la liberación, la Convención hasta ahora no ha sido suscrita por Israel, por los Estados

Arabes ni por el Bloque Oriental.

3. Los acuerdos regionales parecen más prometedores. Los miembros de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) suscribieron el 2 de febrero de 1971 la Convención Panamericana contra el terrorismo⁵⁰. Los países miembros del Consejo de Europa llegaron el 27 de enero de 1977 al "Acuerdo Europeo sobre Lucha contra el Terrorismo"⁵¹. Las partes contratantes renunciaron a la interposición de excepciones basadas en el carácter "político" del delito en caso de una demanda de extradición (art. 1)⁵². El denominado Convenio de Dublin del 4 de diciembre de 1979⁵³ complementa el citado acuerdo para los Estados miembros de la Comunidad Europea. Este convenio tiene por objeto anular a nivel europeo las reservas formuladas a la convención del Consejo de Europa⁵².

La "Cooperación Europea para la Lucha contra el Terrorismo" se ha fijado como meta la lucha conjunta contra el terrorismo mediante reuniones de expertos y de ministros, organizadas por el grupo de trabajo TREVI (T = Terrorisme, R = Radicalisme, E = Extremisme, V = Violence, I = International). El requisito fundamental para el éxito de la cooperación, radica en la intensificación y sistematización del intercambio de información. El trabajo conjunto y la cooperación se da a nivel de reuniones de trabajo entre expertos, ministros de seguridad interna y los respectivos jefes policiales.

4. El intercambio de notas diplomáticas entre los Estados Unidos y Cuba sobre el secuestro de aviones y barcos del 15 de diciembre de 1973⁵⁴, constituye, finalmente, un ejemplo apropiado para demostrar como las negociaciones bilaterales pueden solucionar problemas políticos tan delicados (que incluso transpasan las fronteras de los grandes bloques mundiales) como el del terrorismo. Para la doctrina norteamericana el acuerdo norteamericano-cubano sobre las sanciones a los "hijackers" es eficaz: el número de secuestros de aviones entre Cuba y los EE.UU. disminuyó considerablemente desde 1973⁵⁵.

47. BGBl. 1977 II S. 1229 ss.; vgl. BT-Drs. 8/216. 1057.

48. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, aprobada por la ONU sin votación, en vigencia desde el 20.2.1977, fuente en alemán BGBl. 1976 II p. 1745; Bloomfield/Fitzgerald: "Crimes against Internationally Protected Persons". 1975.

49. Convention against the Taking of Hostages, traducción al alemán BGBl. 1980 II S. 1361 — vigente desde el 3.6.1983; cfr. Platts: "Internationale Konvention gegen Geiselnahme", ZaöRV 1980, 276 ss.

50. Convention to prevent and punish Acts of Terrorism taking the form of Crimes against Persons and related Extortions that are of international significance — en vigencia desde el 20.10.1976; Texto Alexander/Browne/Nanes; p. 71 ss.

51. Texto alemán: BGBl. 1978 II p. 322; vigente desde el 4 de agosto de 1978. Cfr. Lacoste: "Die Europäische Terrorismus-Konvention", en Schweizer Studien zum Internationalen Recht, 1982. El convenio rige en 16 de los 21 estados del Parlamento Europeo (Francia, Italia, Grecia y Malta aún no lo han ratificado); Irlanda se obligó en virtud del acuerdo anglo-irlandés de noviembre de 1985 a suscribir el convenio del 24 de febrero de 1986.

52. Hay, sin embargo, excepciones (cfr. Art. 5 del Convenio) y reservas (en el caso de Dinamarca, Francia, Islandia, Italia, Noruega, Suecia y Chipre). Cfr. Rumpf, p. 395. También Stein: "Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten", 1983.

53. Acuerdo sobre la aplicación del Acuerdo europeo para la lucha contra el terrorismo entre los Estados miembros de la Comunidad, texto ZaöRV, 1980, p. 319 ss.

54. Cfr. International Legal Materials, BD. XII (1973), No. 2, p. 370 ss.

55. Cfr. Rumpf, p. 395.

Conceptos jurídicos sobre la acción terrorista frente a un Estado Democrático y sobre la calificación del terrorismo como delito común

Enrique Elías Laroza

Diputado de la República y Catedrático en la Facultad de Derecho de la PUC.

Vivimos una década conmocionada por el resurgimiento de un flagelo que la humanidad conoce desde el principio de los tiempos. En esta época turbulenta el terrorismo es noticia diaria, permanente, en el mundo en general y en el Perú en particular. Ha llegado a formar parte de nuestras vidas.

El hombre tiende a creer que todo lo que ocurre en su época y en su país es algo original, diferente. No es difícil encontrar quienes piensan que el terrorismo que sufre nuestra nación desde 1980 es un fenómeno típico y autóctono, sin antecedentes en la historia. Esto los lleva a aventurar conceptos superficiales y a primera vista certeros, pero que en realidad carecen de fundamentos jurídicos.

La verdad es diferente. Si estudiamos la historia del terrorismo, desde los orígenes de la humanidad, encontraremos siempre las mismas características de nuestro terrorismo del Siglo XX. Pueden haber variado algunos métodos, pueden ser nuevos la piratería aérea, los asaltos a los Bancos y ciertos sofisticados explosivos. Pero esos cambios se deben solamente a los avances tecnológicos de nuestra era y no a una variación en la esencia misma del fenómeno, que sigue y seguirá siendo la de siempre: el empleo del terror para un fin determinado.

Tratándose de un fenómeno tan antiguo como el hombre mismo, no es de extrañar que, desde hace siglos, los estudiosos del derecho hayan esbozado respuestas a los principales interrogantes jurídicos que plantea este tema apasionante. Es en la doctrina jurídica, entonces, y no en la improvisación aparentemente creativa, donde encontraremos la real solución que buscan nuestras preguntas.

Si analizamos el terrorismo, en su significado más genérico, encontramos en los tratadistas una definición más o menos coincidente: se entiende por terrorismo la doctrina o la conducta que utilizan el terror como procedimiento para lograr determinados fines.

El terrorismo, entonces, es un medio y no un fin en sí mismo. Sus diversas motivaciones y finalidades originan que existan muchas clases de terrorismo; hay terrorismo psicológico, religioso, político, social, lucrativo, anárquico, físico y muchos otros. Pero, en cualquiera de sus formas, es eminentemente coercitivo; no dialoga; emplea la violencia.

La naturaleza y extensión de este trabajo no permiten pretender una exposición completa sobre la integridad de un tema tan vasto y complejo como el terrorismo. Tampoco es posible abarcar in extenso el tema del terrorismo político-social, que es el que aflige principalmente al mundo de hoy. Por ello, vamos a limitar este artículo al análisis jurídico de dos temas vinculados al problema del terrorismo político-social.

El primero consiste en determinar quien es realmente el terrorista. ¿Es terrorista el que arroja bombas contra un orden social injusto? ¿Es terrorista el Estado, que defiende a la clase social imperante? A primera vista, el problema dista de ser sencillo. En el debate político, la palabra "terrorista" se convierte siempre en un arma. Si una de las partes logra convencer que su opositor es el terrorista, habrá ganado adeptos y habrá persuadido a muchos sobre la validez de su propia posición política.

No hay grupo terrorista, por más crueles y criminales que sean sus métodos, que no trate de defenderse sosteniendo que el Estado es tan o más terrorista que ellos. En algunos casos tienen razón. Pero en otros tal afirmación no pasa de ser una falacia efectista. Es muy conocida la frase que afirma que el que es terrorista para un grupo social es defensor de la libertad para otro. Con ello se pretende establecer que, en situaciones de grave conflicto social, las normas de conducta no son analizadas de acuerdo a criterios uniformes.

Todo ello confunde situaciones; la verdad es que, en ciertos casos, puede sostenerse válidamente que el Estado es terrorista, siendo entonces procedente la

reacción violenta del individuo; pero hay otros casos en que nunca el Estado puede ser calificado como tal. Clarificar este punto es el primer objetivo de este trabajo.

El otro ámbito que pretendemos analizar ha sido materia de debate doctrinario durante varios siglos. ¿Se encuentra el terrorismo en la esfera de los delitos comunes, o nos hallamos en el campo de la criminalidad política?. ¿Son los terroristas delincuentes comunes o infractores político-sociales?. ¿Cabe realizar la distinción entre delitos políticos y delitos sociales?.

Aquí también es obvio que todos los grupos terroristas pretenden adjudicarse la categoría de luchadores políticos; al ser detenidos, la de presos políticos; y al huir a un país extranjero, la de perseguidos políticos. Ello se debe a la corriente liberal que imperó en Europa, desde mediados del siglo pasado, gracias a la cual la delincuencia política fue considerada con mucho menor severidad que en los siglos anteriores, quedando sometida a un tratamiento penal más benévolo que el de la delincuencia común y quedando también excluida del alcance de los tratados de extradición.

Esa doctrina liberal es materia de nueva revisión en nuestro siglo, estupefacto ante la ferocidad de los crímenes que perpetra el terrorismo, en todas las latitudes. Nuevos conceptos se imponen en las legislaciones de la mayor parte de los países del mundo, excluyendo al terrorismo del ámbito de las infracciones de carácter político, independientemente de sus evidentes móviles políticos.

El estudio de este segundo tema, que pretende otorgar al terrorismo un tratamiento penal y político benigno, es también pretensión de este artículo.

1. EL "TERRORISMO DE ESTADO".

El terrorismo con motivaciones políticas presenta también facetas diferentes, sea en razón de la persona que lo utiliza, sea en razón de las distintas situaciones políticas en que pueda encontrarse una nación.

Si estudiamos a la persona que emplea el método terrorista, tenemos que preguntarnos, en primer lugar: ¿puede el Estado ser calificado de terrorista?. Creemos que sí y sin la menor duda. Es más, consideramos que en la historia de la humanidad es más frecuente encontrar el terrorismo del Estado que el de los individuos. Son innumerables las veces en que el Estado ha empleado toda clase de métodos de terror con el objeto de imponer ideas, de resguardar un orden social que le conviene, de proteger los privilegios de uno o más grupos, de asegurar la supervivencia de un sistema político determinado.

Lamentablemente, éste es un fenómeno que no deja de repetirse en la historia. Desde el brujo y el je-

fe de la tribu, que imponían su autoridad por la vía de la superstición, hasta las modernas clínicas psiquiátricas, pasando por las torturas, pelotones de fusilamiento y toda clase de policías secretas o descubiertas, el Estado, el Gobierno o cualquier otro organismo o grupo que ejercen el poder pueden convertirse en terroristas.

En el campo de los individuos también encontramos que las personas o los ciudadanos pueden recurrir y han empleado muchas veces los métodos terroristas. Trátese de personas individuales, de bandas, de colectividades, de grupos con motivaciones políticas, existe también el terrorismo ejercitado por los individuos frente al Estado.

De acuerdo a las distintas situaciones políticas en que pueden encontrarse los países, surgen también distintas formas de terrorismo. Hay, al respecto, diversos ejemplos.

En un país en estado de coloniaje encontramos generalmente el terrorismo del colonizador, que emplea muchas formas de terror para mantener su poder sobre la colonia. Por su parte, los individuos del país colonizado, al querer liberar a sus pueblos, al pretender el surgimiento de su nacionalidad, recurren también a actos de terrorismo en contra del colonizador. Esta situación, perfectamente conocida en nuestro pasado iberoamericano, también se ha producido en Africa y en otros lugares del mundo. Encontramos allí, entonces, el terrorismo que emplea el que ejerce el poder y el que es utilizado por parte de quien insurge contra la potencia colonizadora.

Otra situación concreta es, por ejemplo, la ocupación de un país por parte de un ejército extranjero. El invasor ejerce el poder y emplea métodos de terror contra la colectividad del país ocupado. Los ciudadanos que sufren la ocupación también recurren al terrorismo para liberar a su país. Encontramos, nuevamente, el empleo del terrorismo en ambos lados de la muralla.

Veamos también otro caso: la interminable lista de los países que sufren o han sufrido dictaduras, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días. Las dictaduras, cualquiera que sea su signo político, emplean métodos de terror. Es cierto que es posible concebir una dictadura que, por excepción, no recurre a estos procedimientos, pero ello es más factible en el ámbito de la teoría que en el de la práctica. De una o de otra manera, con derramamiento de sangre o sin él, las dictaduras emplean métodos coercitivos, eliminan el diálogo y apelan a la violencia. Los ciudadanos que discrepan con la dictadura también responden, con frecuencia, de la misma manera.

Ante todos estos casos, surge la pregunta: ¿quién es más terrorista?. ¿el colonizador que impone el coloniaje o los que desean el surgimiento de su naciona-

lidad?; ¿el ejército invasor o los ciudadanos que desean la liberación de su país?; ¿el régimen totalitario o el ciudadano que lucha por su libertad?. Creo que en todos esos casos la respuesta es obvia. Recordemos también que el artículo 82o. de la Constitución del Perú de 1979 establece que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a las autoridades que asuman funciones violando la Constitución y las leyes, que son nulos los actos de toda autoridad usurpadora y que el pueblo tiene el derecho a la insurgencia cuando se trata de la defensa del orden constitucional.

La disposición constitucional antes citada tiene su origen en una antigua corriente doctrinaria, según la cual, como opinaba el francés Chrétien en 1868, los casos de opresión y de reacción dan lugar a que la razón jurídica sea sustituida por una necesidad de defensa directa, en términos de guerra. En otras palabras, el imperio del "ius belli" con respecto a la legitimidad de los medios empleados.

En resumen, en todas las situaciones anteriormente descritas encontramos que el terror que desatan los individuos es una mera respuesta al terror que se desencadena desde el poder. Esto es lo que ha dado lugar, en la práctica, a que todos los grupos terroristas traten de justificar sus métodos sobre la base de argumentar que su acción es solamente una respuesta frente al "terrorismo del Estado".

Pero es incuestionable que esas reacciones políticas no tienen justificación alguna en un caso concreto: cuando una colectividad se encuentra en un país en el que impera un régimen genuinamente democrático. Cuando el derecho de disidencia de las minorías tiene cauces legales de expresión, cuando las mayorías no pueden impedir la crítica a los gobernantes, cuando los representantes del pueblo tienen irrestricta libertad para expresar y publicar sus ideas, cuando la libertad de prensa a todos permite la difusión del pensamiento y de la realidad de los hechos y cuando las autoridades son renovadas periódicamente y mediante voto universal; desaparecen enteramente los fundamentos jurídicos para que cualquier grupo quiera imponer sus ideas mediante la violencia.

El Estado democrático es el símbolo de la juridicidad. Quien ejerce una acción de violencia ilegítima contra el Estado democrático, no puede argumentar a su favor ni el derecho a la insurgencia ni el derecho de la guerra. Pasa a ser un delincuente que quiebra el orden jurídico legítimo. Dice Harold W. Rood, Profesor de Estudios Estratégicos Internacionales de Claremont: "En una democracia constitucional, la esencia del gobierno es la protección del ciudadano, sus derechos y su propiedad, de cualquier usurpación de libertad o propiedad, sea por el gobierno, por sus ciudadanos o por extranjeros enviados al país con ese propósito. Que el ciudadano ejerza su libertad es más importante que la preservación de un orden perfecto dentro de la comunidad. De hecho, el mejor orden

posible es el que hacen cumplir los ciudadanos mismos quienes, celosos de sus propios derechos, encuentran motivos para proteger los derechos de otros.

La intención del terrorista es romper el orden, demostrar que los derechos de los ciudadanos y la defensa de la ley no cuentan cuando se confrontan con lo que él se propone lograr. Típicamente, el terrorista cometerá alguna atrocidad para mostrar su desprecio por la humanidad y su deseo de ser brutal; después exigirá que el gobierno haga algo que quizás no pueda legalmente hacer, o que se encuentre impotente para ejecutar.

Lo que aterra es la crueldad pura con que se trata a las víctimas y la evidente intrepidez del terrorista para matar y aceptar su propia muerte. Así quedan de manifiesto tanto la fuerza del terrorista como la debilidad del gobierno. Si este último accede a las demandas del primero a fin de obtener la liberación de los rehenes, es débil; si el gobierno emplea una fuerza importante para rescatarlos, y algunos resultan heridos o muertos, entonces ha dañado a los que debía proteger. Al terrorista no le interesa el resultado, porque de cualquier modo el gobierno queda en descrédito; el orden se destruye y el temor, no la razón, impone su dominio".

Es también interesante reproducir la opinión del Juez Irving R. Kaufman, con respecto a la ilegitimidad del asesinato terrorista: "Desde la época medieval, los filósofos han reconocido la distinción entre **jus ad bellum**, la justicia de guerra, y **jus in bello**, la justicia en la guerra. El terrorismo es más una estrategia civil de lo que comúnmente llamamos guerra, pero la distinción sigue siendo válida también en este campo. La realidad moral de la guerra se divide en dos partes lógicamente independientes. Hacemos juicios acerca de cuestiones de mayor alcance como la agresión y la defensa propia; pero, empleando un cálculo distinto, hacemos juicios acerca de la observación o violación de las reglas habituales y positivas del compromiso. De igual manera, debemos distinguir entre nuestros sentimientos respecto de la causa del terrorista, por una parte, y los medios ilegítimos que usa para promover esa causa, por la otra. Dicho de un modo sencillo, el asesinato al azar de personas inocentes siempre es terrorismo, incluso cuando es perpetrado por representantes de los pueblos más oprimidos sobre la faz de la Tierra".

En general, la doctrina coincide en señalar que el terrorismo frente a un Estado democrático tiene dos características fundamentales: ser empleado por grupos minoritarios y caracterizarse por la utilización de una extrema violencia.

En efecto, es característico de la acción terrorista frente a Estados democráticos la de ser un método empleado por grupos minoritarios. En otros términos, son minorías que tratan de imponer por el terror un

Estado distinto al democrático representativo. Si fuesen mayorías, lograrían el triunfo a través del diálogo y del voto universal. Al fracasar en este intento, recurren a métodos ilícitos. Estos grupos no pueden compararse a los que insurgen en contra de un coloniaje, o de un invasor extranjero o de una dictadura. Todo lo contrario. Este terrorismo dirige su acción en contra de la voluntad popular, que es la expresión de las mayorías, sustento de la legalidad del Estado democrático.

Por otra parte, estas minorías tratan de imponer sus ideas mediante la violencia, o sea perpetrando toda clase de delitos. Esto los coloca, incuestionablemente, al margen del orden jurídico y del amparo de la ley.

Concluimos entonces que, ante la vigencia de un Estado auténticamente democrático, el terrorismo no puede justificarse sobre la base de considerar que su acción es una respuesta a un hipotético "terrorismo del Estado". Las deficiencias y hasta los excepcionales excesos del sistema democrático tampoco pueden servir de fundamento para tal pretensión.

2. ¿ES EL TERRORISMO UN DELITO COMUN?

La polémica acerca de si el terrorismo que nos ocupa es un "delito político" o un "delito común con motivaciones políticas" data de mucho tiempo atrás. El problema se complica singularmente debido a que en la doctrina jurídica no existe una definición generalmente aceptada acerca de los delitos políticos. Algunos tratadistas afirman que los delitos políticos pueden dividirse en:

- Delitos políticos propiamente dichos, que sólo vulneran o atacan el orden político de un Estado, sin lesionar los bienes y derechos de particulares.
- Delitos políticos complejos, que tienen como objetivo no solamente el orden político sino, a la vez, transgreden el derecho común.
- Delitos comunes con motivaciones de carácter político (entre los cuales suele ubicarse al delito de terrorismo).

La gran mayoría de las legislaciones no definen esta clase de delitos. Tampoco emplean la denominación de "delitos políticos". Otras legislaciones consideran que los únicos delitos de carácter político son aquellos que tienen por objeto dañar la seguridad del Estado, tanto en el frente interno como en el frente externo.

Ante la dificultad de encontrar una definición cabal para esta clase de delitos, creemos que es más importante analizar el tratamiento que el terrorismo ha recibido en las legislaciones penales. En otras palabras, lo que caracteriza a la gran mayoría de las legislaciones modernas es la severidad con que tratan a estos infractores y la ubicación que les atribuyen den-

tro del delito común, con exclusión del beneficio del tratamiento político para los casos de extradición.

Veamos al respecto la opinión de William V. O'Brien, Profesor de la Universidad de Georgetown: "Como suele suceder con los términos polémicos, el **terrorismo** casi nunca se define explícitamente. El terrorismo es una especie de guerra, y puede usarse como estrategia subordinada dentro de guerras que de otro modo siguen patrones militares tradicionales. La singularidad del terrorismo reside en su empleo de la fuerza armada contra objetivos que serían excepcionales o anormales en una guerra ordinaria, con resultados que tienen poco que ver con la necesidad militar tradicional. El terrorismo suele ser practicado por grupos pequeños, contra objetivos elegidos por su efecto potencial de conmoción y no por su utilidad militar. Su propósito es crear un ambiente de temor, aprensión y pérdida de confianza en los sistemas de seguridad existentes, con el fin de que éstos se debiliten y corran el peligro de derrumbarse".

Esto origina que el terrorismo es un delito que atenta no solamente contra la seguridad del Estado, sino que recurre, simultáneamente, a la comisión de un sinnúmero de delitos comunes, tales como el asesinato, el asalto, los atentados por medio de explosivos, la destrucción de la propiedad, el secuestro y muchos otros.

Por todo ello, en los últimos tiempos, la mayor parte de los Estados han excluido a los delincuentes terroristas del derecho de asilo que normalmente se concede a los perseguidos políticos. Esto lo encontramos en muchas disposiciones de carácter constitucional, en las leyes internas de la mayoría de los países y en los tratados de extradición.

Con respecto a la posición de la doctrina jurídica, Eugenio Cuello Calón, en su obra de "Derecho Penal", manifiesta categóricamente que la opinión dominante consiste en negar a los terroristas el trato que debe concederse a los delincuentes políticos: "Se denominan **delitos sociales** los dirigidos a la perturbación o destrucción del actual régimen social y económico. También suele darse este nombre a los cometidos con ocasión de la lucha de clases o de conflictos entre el capital y el trabajo. Las formas más agudas y sangrientas que ha revestido esta delincuencia son los atentados terroristas realizados por medio de explosivos.

Se discute si estos delitos pueden ser considerados como delitos políticos; la opinión dominante es contraria a tal identificación por considerar que mientras éstos solamente atentan contra el orden y la organización política de un estado determinado, aquéllos tienden a la destrucción del actual régimen económico-social de todos los países. Por dicha razón, en el caso de empleo terrorista de explosivos, niegan generalmente a estos delincuentes el trato concedido a los delincuentes políticos".

En resumen, la opinión dominante en el mundo de hoy es que ninguna protesta, por mayores que sean sus válidos argumentos, puede justificar que ella se haga patente desencadenando el terror y sometiendo a ciudadanos inocentes al riesgo de la pérdida de sus vidas y de sus bienes. Por ello se niega al terrorista el derecho de asilo y se le incluye entre los delincuentes pasibles de extradición. Por ello es procedente concluir en que el tratamiento del delito de terrorismo es, mayoritariamente, el que se asigna a los delitos comunes, independientemente de su motivación política.

En perfecta concordancia con la opinión imperante en la doctrina jurídica más moderna, nuestros legisladores constituyentes redactaron el artículo 109o. de la Constitución de 1979. Concluyo este ar-

tículo transcribiendo el texto del citado dispositivo constitucional, cuya claridad me exime de toda explicación.

“Artículo 109o.— La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos.

No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio o genocidio.

La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión”.

Cortesía de:

Eugenio Cogorno
Molino Excelsior S.A.

La Paz es posible

Diego García - Sayán

Secretario Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas y Catedrático de la Facultad de Derecho de la PUC.

Pocos pudieron prever que el ataque armado en Chuschi, Ayacucho, hace poco más de siete años, sería el prólogo de una de las expresiones más serias de violencia política en la América Latina contemporánea. Para muchos esto era signo que atrás quedaba el mito de la proverbial "resignación" del peruano y, en especial, del habitante de la serranía. Sea cual fuere la interpretación, las cifras frías, anónimas, expresan con crudeza lo que ha venido pasando: alrededor de 10,000 muertos, más de 1,000 detenidos-desaparecidos por acción de las fuerzas de seguridad, decenas de miles de desplazados y estado de emergencia para cerca de la mitad de los peruanos al momento de escribirse estas líneas. Hoy por hoy la sociedad peruana parece ser pródiga en una violencia que está a flor de piel.

Si al violentismo senderista y a la cruenta represión se agregan la delincuencia común y las bandas de narcotraficantes, el cuadro aparece aun más complejo y de difícil manejo. A veces parecería que de pronto, así porque sí, surgieron del interior de la propia sociedad los gérmenes de su dislocamiento. No cabe duda que a algunos sorprendió en 1980 que se recurriera a la violencia como instrumento de acción política; incluso se pretendió tapar el sol con un dedo al reducir el senderismo a un fenómeno siquiátrico-delincuencial. Se olvidaba, de esa forma, que nuestra historia política estaba atravesada por una violencia que la historiografía oficial siempre minimizó o negó.

Para no remontarnos a las calendas griegas, sólo cabe recordar que los de "arriba" y los de "abajo" utilizaron la violencia en el Perú durante los 50 años precedentes. Los primeros mediante los gobiernos dictatoriales, el gamonalismo y la exclusión de las mayorías; los segundos a través de movimientos políticos violentos (como el APRA de las décadas del 30 y 40) y de una lucha social que por lo general desbordó los estrechos parámetros institucionales.

Las evidentes y graves contradicciones de la sociedad peruana, como era de suponer, se expresaron

en el plano de lo político rebasando una inoperante formalidad jurídica e institucional. Ello ponía de manifiesto la colosal distancia entre la sociedad y el Estado derivada no sólo de las contradicciones económicas —traducidas en la dupla riqueza-pobreza— sino, principalmente, de todo lo que significa el proceso trunco de formación de la nación peruana al que se refiriera con acierto José Carlos Mariátegui.

No resulta ser un detalle de poca monta que en el Perú los preceptos básicos de una democracia liberal nunca hayan tenido vigencia y que el rostro de ella sea, mas bien, un andamiaje normativo de escasa o nula eficacia. La institucionalidad esencial de un sistema democrático no sólo ha estado permanentemente minada por una realidad que no logró ni logra expresar, sino por algo que es esencial en su precariedad: su **escasa legitimidad** ante los grandes sectores de la población. Es grave constatar, por ejemplo, como la reducida identificación que hay entre la población e instituciones como el poder judicial —devaluado y desprestigiado en la percepción social— se traduce en una muy escasa recurrencia a dicho aparato para obtener justicia.

Se puede discutir, así, si en el Perú ha habido **ciudadanos** o si, por el contrario, se ha tratado de una situación en la que, dentro de una igualdad formal, unos han sido "más iguales" que otros dentro de un cuadro en el que ha predominado la discriminación en perjuicio de las mayorías.

1. EL CAMINO DEL INFIERNO

Es cierto que la sub-valoración del fenómeno senderista en 1980 no fue monopolio del gobierno de ese entonces. Siendo así para el común de los mortales, resultaba más explicable que un gobierno encuadrado por lo que alguien en ese momento llamó "moda retro", cometiera en este terreno un serio error de evaluación.

Pero a los pueblos les importa más los resultados que las buenas intenciones o las explicaciones socio-

psicológicas de los errores de los gobernantes. Y lo cierto es que la administración belaudista tiene una grave responsabilidad en la aceleración de la espiral violentista a partir de 1983. Si las primeras respuestas del gobierno al violentismo senderista estuvieron signadas por la sub-valoración del fenómeno —una manera de tomar distancia frente al problema— luego (a partir de diciembre de 1982) le transfirió el manejo del asunto casi por entero a las Fuerzas Armadas —otra forma de salir del problema sin resolverlo como los hechos lo demostraron.

En efecto al constituirse una suerte de “Estado dentro del Estado” en la denominada zona de emergencia a partir de enero de 1983, la violencia se acrecentó. Si la masacre de los periodistas en Uchuraccay fue una especie de hito simbólico con el que se inició esta etapa, durante 1983 y 1984 las desapariciones forzadas de ciudadanos se sucedieron dantescamente en cifras que en ocasiones superaban las 100 personas por mes! El Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas de las Naciones Unidas presentó en marzo pasado un elocuente informe mundial dentro del cual al Perú le cabe ocupar un poco honroso primer lugar en la cantidad de casos de desaparición forzada de personas por obra de las fuerzas de seguridad durante los últimos años. Y esa ha sido sólo una muestra de muy graves violaciones a los derechos humanos derivadas de una estrategia anti-subversiva determinada: poner el eje en una **respuesta subversiva** para hacer frente a un fenómeno ciertamente armado pero de naturaleza indiscutiblemente **política**.

La respuesta militarista y militarizada estuvo lejos, muy lejos, de la posibilidad de disuadir al senderismo de su vertiginoso accionar violentista. Tampoco se orientó a conseguir algo esencial dentro de un conflicto de este tipo: atraer a la población con hechos concretos que legitimaran el sistema. Ni el senderismo se aquietó ni la población se sintió identificada con una lógica anti-subversiva que era una suerte de versión “chicha” de lo ocurrido hacia poco en la Argentina.

Por el contrario, dentro de ese cuadro el senderismo amplió su ámbito de acción orientándose a atacar a “soplones” y colaboradores llegando en determinadas circunstancias a exterminar a grupos humanos numerosos (como fue el caso de la Comunidad de Lucanamarca). La población rural pasó a encontrarse entre dos fuegos de muerte. El uno, proveniente de una insurgencia sangrienta y sectaria y, el otro, uniformado y oficial proveniente de las fuerzas del orden cuya acción —gran paradoja— se orientaba, supuestamente, al pleno restablecimiento del Estado de Derecho.

La lógica de muerte se impuso, dejando a la población en una desprotección tan absoluta que el temor frente a la presencia senderista parecía sólo superado por el terror a ser visitado o a caer en manos

de los “sinchis” o los infantes de marina. El andamiaje institucional que supuestamente debía operar dentro de un régimen constitucional —y que no puede ser puesto entre paréntesis por un Estado de Emergencia— se paralizó por completo: el Poder Judicial y el Ministerio Público parecían no existir. La autoridad militar no los dejaba operar, los propios aparatos civiles abdicaban de su autoridad y la población poco o nada esperaba de ellos. El círculo de la muerte, pues, parecía cerrado y coherente.

2. PARTIDA DE CABALLOS

En el diagnóstico había una evidente diferencia: para el sucesor de Belaúnde, el fenómeno senderista tenía explicaciones en problemas sociales no resueltos. La respuesta al senderismo, en consecuencia, debía tener en cuenta lo militar pero debía poner el centro de su atención en la solución de los problemas sociales y económicos de la población.

Los primeros vientos insinuaban una rectificación profunda. El mensaje inaugural en el que se anunciaba que no se combatiría a la barbarie con la barbarie, los espectaculares anuncios de setiembre luego de la denuncia de la masacre en Accomarca y el nombramiento de la Comisión de Paz parecían expresar la voluntad de no seguirle haciendo el juego al senderismo con la creciente militarización y de recuperar para el poder civil la autoridad de la que había abdicado.

Sería necio negar que algunos cambios se han producido. La dinámica de los hechos nos indica, sin embargo, que las modificaciones parecen haber sido, a la larga, más de matiz y de estilo que cualitativas. Si bien algunos índices de violación a los derechos humanos parecen haber disminuido (desapariciones, por ejemplo) estos han sido ampliamente compensados por otros (ejecuciones extra-judiciales). De otro lado, si bien por intermedio del Instituto Nacional de Planificación (INP) se han anunciado ciertas inversiones en el denominado “trapezio andino”, en realidad no se ha hecho nada espectacular. En efecto, cuando existe un proyecto que sustenta una inversión determinada —cosa que no ocurre muy a menudo— ésta se hace de muy difícil ejecución teniendo en cuenta la lógica senderista de atacar todas las expresiones del Estado. Las llamadas “zonas de emergencia”, finalmente, siguen siendo un Estado dentro del Estado con muy escasa posibilidad de acción para la autoridad civil local (política o judicial) y con nuevas formas de control como la prohibición a los periodistas de circular en la zona.

El senderismo al acentuar su accionar en Lima busca obviamente acôsar al Estado y distraer hacia la capital a parte de las fuerzas del orden, las respuestas que se han dado no parecen haber sido sino lo que el senderismo hubiera requerido. Para muestra dos botones. De un lado, el espectacular operativo contra tres Universidades de la capital que luego de movilizar a

4,500 efectivos policiales y detener a 800 estudiantes se tradujo en un saldo elocuentemente ridículo: sólo 9 estudiantes con detención definitiva. En el camino quedaron los estudiantes algunos de los cuales pueden ser hoy más proclives a la prédica senderista. De otro lado, el toque de queda que al prolongarse ya por cerca de año y medio mantiene inútilmente a Lima como la única ciudad del continente americano en donde rige una medida semejante. Y esto sin que se haya dado ni una sola muestra de que el toque de queda sirva para algo salvo para que mueran inocentes abaleados o estrellados contra un muro. Con un agravante delicado: la cuestionable atribución al Comando Conjunto de que sea él —y no la autoridad civil— quien fije las horas de toque de queda y expida las autorizaciones para circular.

Sin negar, reitero, los cambios de estilo, se le está dando al fenómeno senderista en esencia la misma respuesta que antes: policial-militar y restricción de los espacios democráticos. Con un agravante: la respuesta se extiende a distintos rincones del país habida cuenta de la acelerada extensión geográfica del accionar senderista. Lo que en apariencia podría ser una reacción lógica de quien tiene que preservar el orden público no acaba siendo sino una forma torpe de hacerle el juego a una estrategia que busca precisamente precipitar una lógica de fuerza para estrechar aceleradamente los espacios democráticos.

En una confrontación que es en esencia política las diferencias de diagnóstico entre la autoridad de hoy y la de ayer no se han traducido en el diseño de una estrategia anti-subversiva democrática y conducida **políticamente** desde el poder civil. Por el contrario, de un tiempo a esta parte la intervención más nítida del poder civil —la decisión presidencial de actuar militarmente en los penales en junio de 1986— no sirvió más que para desatar la matanza más gigantesca —aún impune al año de producida— que se haya producido en nuestra historia.

3. LAS RESPUESTAS LEGALES

Antes y ahora han habido quienes le han atribuido a ciertas modificaciones legales un rol tal vez excesivo entre las respuestas a dar al violentismo senderista. Si en ciertas circunstancias estas propuestas han expresado corrientes que no han perdido la esperanza en una salida democrática, la mayor parte de las veces han sido más bien posiciones totalitarias, ocultas tras ciertas propuestas “normativas”, las que han levantado ciertas tesis que formalmente están insertadas dentro del Estado de Derecho pero con un sentido profundo que trastoca elementos esenciales de la democracia.

Luego de promulgada en 1981 una “Ley Antiterrorista” con una muy guesa tipificación del delito —que afecta el principio de legalidad— y que creó el delito de opinión, el juridicismo formal de ciertas con-

ciencias ha insistido en la urgencia de ciertos dispositivos legales como supuesta “clave” para dotar al Estado de los instrumentos necesarios. Las propuestas han girado, así, esencialmente en torno a dos temas: las penas frente al delito de terrorismo y la naturaleza de la jurisdicción conveniente para procesar este tipo de delitos.

En cuanto a las penas, parece haber quedado en el olvido la insistente reiteración con la que destacados voceros del régimen pasado reclamaban el restablecimiento de la pena de muerte. Además de olvidar normas internacionales que no permiten restablecer la pena de muerte, las corrientes mortícolas no hacen más que apelar a impulsos emocionales y elementales. Si este tipo de impulsos resulta cuestionable, en términos generales, como base para una respuesta civilizada y democrática al delito, al tratarse de combatir situaciones en donde se hace frente a una convicción de características fanáticas, a la moralidad discutible de la pena de muerte se agrega su ineficacia.

No obstante, se ha venido insistiendo —y con éxito— en la necesidad de aumentar sustancialmente las penas privativas de libertad previstas en la ley antiterrorista como medio, se supone, orientado a frenar el delito. En efecto, al incorporar dicha ley (con ciertas modificaciones) al Código Penal en marzo de este año, se han aumentado sensiblemente las penas. No es mi deseo entrar aquí a analizar si se requiere o no penas severas —que si se requieren— ni a discutir los problemas técnicos de esta modificación normativa —que los tiene, y muchos— sino lo peligroso que puede significar sembrar la ilusión de que penas más severas en el texto de la ley podrán frenar al senderismo violentista. Este temor fundado se deriva de la propia sustentación oficial a estas modificaciones normativas que motivaron, incluso, dos legislaturas extraordinarias.

Este riesgo lo veo expresado por lo menos en tres aspectos. Primero, que la esencia del fenómeno a combatir nos da palpable cuenta de un grupo humano que si está dispuesto a entregar la vida, no se arredrará ante la “amenaza” de penas más altas. Segundo, que la supuesta “ineficacia” mas que probable de esta modificación legal para pacificar el país, no puede sino acrecentar el desprestigio de la legalidad y de la institucionalidad. Tercero, que al contar teóricamente con el instrumento necesario para sentenciar, se trasladará parte de la “culpa” a los jueces “que absuelven terroristas”. . . ¡como si un magistrado pudiera condenar sin pruebas y en base a los grotescos atestados policiales que por lo general forman parte de los expedientes!

El otro plano en el que las propuestas de modificaciones normativas han sido pródigas ha sido el de la autoridad jurisdiccional que debe encargarse de procesar estos delitos. Si bien la propuesta inicial de “tribunales especiales” contenía ciertas inconstitucionalida-

des, éstas parecen haber sido salvadas en el debate parlamentario y la ley puede ser aprobada en los próximos meses. Quedaron en el aire ominosas propuestas como la de los jueces enmascarados o los tribunales militares, pero estas ideas siguen por allí, aninadas en mentalidades ultramontanas y totalitarias tan alejadas de nuestra problemática social que no se percatan que su eventual concreción no haría más que hacerle el juego al violentismo antidemocrático.

Escasas, sin embargo, han sido las propuestas normativas orientadas a cortar realmente el paso a la espiral violentista. Estas serían todas aquellas encaminadas a consolidar el papel de las instituciones democráticas, y a garantizar el pleno respeto de los derechos humanos y de la subordinación del poder militar al poder democrático-constitucional. Los proyectos existentes duermen el sueño de los justos en alguna gaveta del Congreso esperando, tal vez, las voraces fauces de algunas termitas condescendientes.

Probablemente no sean necesarias en este como en los demás terrenos, modificaciones formales sino, mas bien, que se respeten las normas ya existentes. Con eso ya se habría dado un salto gigantesco: que se respete y cumpla, por ejemplo, en todo lugar y circunstancia la ley de acciones de garantía, lo que oxigenaría al sistema y daría aunque sea alguna esperanza en la autoridad democrática: que los estados de emergencia no sean un cartabón para dictar leyes que ostensiblemente rebasan el marco constitucional (como la 24150 de julio de 1985) o para resoluciones judiciales prevaricadoras que abdicen frente al poder militar. En suma: ¡que se respete la Constitución! Nada más, . . . pero nada menos.

4. CONSTRUIR LA PAZ

En medio de un panorama en el que muchas veces es difícil encontrar elementos alentadores en este terreno, no cabe duda que la principal reserva con la que cuenta el sistema democrático es la aspiración de justicia y de democracia **concretas** de la gran mayoría del pueblo peruano. De ese pueblo que ha estado dispuesto en las circunstancias críticas de poner el pecho para conseguir el pan y acabar con las dictaduras militares. Con razón desconfiado frente a un sistema institucional inoperante pero con respuestas siempre imaginativas para resolver sus propios problemas, em-

pezando por el reto diario de sobrevivir con honestidad.

Si la imaginación popular es por necesidad frondosa, contrasta el relativo anquilosamiento oficial que parece estar dando vueltas en torno a si mismo mor-diéndose la cola en un juego que alimenta sin querer la espiral violentista. En las últimas semanas alguien poco imaginativo pretende haber dado en el clavo con ciertos "spots" televisivos mediante los cuales se le pregunta al ciudadano qué hace frente al terrorismo. La pregunta, en cualquier caso, revierte contra quienes la formulan.

No se puede negar la necesidad de que se utilicen mecanismos policiales y militares para actuar frente al proceso en curso. Las líneas de mando, sin embargo, deben ser redefinidas para lograr una conducción **política** frente a un fenómeno, ya lo hemos dicho, de naturaleza esencialmente política. Todo ello dentro de un cuadro de subordinación a la autoridad civil y de respeto a los derechos humanos.

Más allá de estas respuestas y de las posibles acciones en el terreno económico y social, lo importante es definir con transparencia y claridad los criterios rectores para obtener la pacificación del Perú. La disyuntiva de apariencia retórica, pero de profundo sentido, entre la **paz con justicia** y la **paz de los cementerios** está planteada. Ella se expresa en cuestiones tan centrales como la de los derechos humanos a los que algunos con poder de decisión insisten en percibir como un inevitable obstáculo en la "eficacia" de la lucha anti-subversiva, cuando se trata exactamente de lo contrario: de un instrumento indispensable, probablemente el principal, para hacer **legítimo** el sistema. Ya que se trata, a fin de cuentas de un conflicto que expresa hondos problemas no resueltos, las respuestas adecuadas requieren poner en marcha una maquinaria que exprese la decisión de resolverlos aunque muchas cosas importantes queden para el mediano y largo plazo, como resulta obvio.

El reto presente es no sólo como no resquebrajar el sistema democrático desde dentro más de lo que ya está sino, más allá de ello: cómo hacer de la institucionalidad democrática y de un proceso de legitimación auténtica del Estado el mejor instrumento para lograr la paz. Pero eso requiere más que palabras y sugiere, mas bien, la necesidad de promover importantes cambios sociales pregonados y postergados pero hasta ahora frenados en los hechos.

Ensayo sobre el error en los testamentos

(Primera Parte)

Guillermo Lohmann

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Mientras ordenaba notas y maduraba ideas para un estudio sobre el error testamentario, el Comité de Redacción de **Thémis** tuvo la gentileza de solicitarme una colaboración para la revista. Acepté gustoso el ofrecimiento, confiando poder concluir el encargo en la fecha requerida y con la extensión precisada, a cuyo propósito pensé escribir unos apuntes principales sobre el tema que tenía en bosquejo.

Mas según fui avanzando en la redacción e iba hilvanando los conceptos, me venían a la pluma nuevas ideas e inquietudes. En síntesis: que advertí con preocupación que el asunto requería más severa meditación y que, por mucho que se intentara, merecía tratamiento más generoso del que inicialmente había previsto.

Por lo tanto, y con respecto a la primera preocupación, la palabra ensayo con que empieza el título expresa fielmente el significado: las líneas que siguen constituyen un ensayo de lo que me parece que tendrá que ser un estudio más acucioso. En lo que atañe a la extensión, en el número que siga de esta revista procuraré concluir la exposición de los puntos faltantes y que ahora, por falta de espacio, se quedan en el tintero.

A diferencia de lo que sucede con las modalidades de los testamentos, respecto de las cuales el artículo 689 del Código Civil remite a las reglas generales de los negocios jurídicos, en materia del error ni el artículo 809 C.C. ni ningún otro hacen remisión alguna. No obstante, al comentar este precepto en su Exposición de Motivos, el Doctor Lanatta Ghilhem sí cuidó de indicar que "se refiere al efecto de los vicios del consentimiento en el testamento, que producen su anulabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221, inciso 2 del nuevo Código".

Considero, pues, que a fin de encuadrar con mayor facilidad el estudio del error testamentario y su

posible virtualidad o relevancia anulatoria, es conveniente recordar con carácter previo, siquiera sea someramente, la disciplina general del error tal como viene regulada en las normas de fondo que justifican el numeral 221, inciso 2 que menciona el Dr. Lanatta. Estas normas son las contenidas en los artículos 201 a 209 del nuevo Código.

Luego veremos si tales reglas son de aplicación en la dogmática testamentaria.

I- ANTECEDENTES

1. LA DISCIPLINA GENERAL DEL ERROR

a) Las clases de error.

Aspecto esencialísimo del tratamiento del error en el nuevo Código, es que regula sus dos grandes categorías: el error en la voluntad y el error en la declaración. La primera de estas categorías es la disciplina en los artículos 201 a 205; la segunda está contemplada en los artículos 208 y 209. Los artículos 206 y 207 son comunes a ambas especies.

b) El error vicio.

Los artículos 201 a 205 aluden al llamado error-vicio. Es aquel defecto consistente en que la voluntad que se expresa como querida se ha formado imperfectamente por desconocimiento "de todas las circunstancias del caso o apreciándolas equivocadamente"¹. Es un problema que afecta a la formación de la voluntad en cuanto designio interno. Como consecuencia de ello se produce un falso o inexacto juicio sobre la situación que es objeto de conclusión después del razonamiento. Lo que el declarante ha considerado en su fuero interno como correcto o verdadero, no es tal sino erróneo, porque no coincide con la realidad respecto de la cual recae la manifestación de voluntad.

Dentro de esta categoría de error se incluye la ignorancia. Son el error y la ignorancia conceptos dis-

1. Shoschana Zusman: "El error en el acto jurídico", En "Para leer el Código Civil", II, PUCP, Lima 1985, p. 60.

tintos, pero la segunda conduce a errar, pues la carencia de información total puede distorsionar el enjuiciamiento sobre algo y llevar a tener un concepto equivocado de los intereses sobre los que la declaración recae. La ignorancia, no obstante, no es válida porque sí y 'per se' con relevancia anulatoria de la declaración errada. La concreta ignorancia tendrá que ser de entidad cualitativa idónea para haber causado un error que la ley reputa valedero.

c) El error obstáculo.

Aparte del error que vicia la voluntad como proceso mental que lleva a querer (o no querer), o a querer un contenido negocial de una manera determinada, existe el error que incide sobre la declaración.

El error regulado en el artículo 208, afecta la exteriorización (declaración) de una voluntad interna sana y no errada. Se trata del error denominado obstáculo, o error obstativo o dirimente, que se presenta cuando un defecto espontáneo impide manifestar la voluntad tal como verdaderamente fue querida.

Se le denomina también error impropio porque, en realidad, no está perturbada la formación de la voluntad del agente declarante. El proceso mental, el razonamiento que invita a tomar una decisión, no ha experimentado malformación alguna. En este orden de ideas, el error obstativo afecta a la voluntad de realizar un acto adecuado a la voluntad negocial, siendo esta última la que ha elaborado el propósito o intención de ciertos efectos o resultados. El error obstativo revela que se ha producido una disconformidad entre lo querido y lo declarado; es decir, la declaración ha venido a obstaculizar, por error, la voluntad sanamente deseada que se quiso expresar. La manifestación ha sido infiel a lo verdaderamente querido. La disconformidad señalada es involuntaria, claro está.

d) La relevancia anulatoria (en general).

No todo error vicio ni todo error en la declaración tienen relevancia anulatoria. Vale decir, para el Derecho hay errores que no afectan la validez o la eficacia del negocio. El ordenamiento impone ciertos requisitos para considerar al error como vicio jurídicamente aceptable.

(1) El error vicio sólo es causa de anulación cuando: sea esencial y reconocible, o cuando recaiga sobre una cantidad determinante de la voluntad, o cuando recaiga en un motivo declarado como razón determinante y aceptado con tal carácter por la otra parte.

Error esencial no significa que 'per se' sea grueso y notorio e importante, o que lo sea para el declarante. Ante la realidad legislativa, esencial supone que el ordenamiento jurídico lo reconozca como tal. A este propósito, el artículo 202 puntualiza que el error es

esencial cuando: "1) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad; 2) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad; 3) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".

Los criterios no son rígidos, y ni siquiera objetivos. Al momento de juzgar, se tiene en consideración sobre qué recae el error y la influencia determinante de él en el proceso formativo de la voluntad. Aparte de lo dicho en el 202, también se reputan admisibles las hipótesis de esencialidad cuando el error recaiga sobre la cantidad o sobre el motivo declarado y aceptado.

Empero, la sólo consideración de error esencial reputado como tal a tenor del numeral 202, no es causa suficiente de anulación si además no resulta conocable². Dispone el 203 al respecto: "El error se considera conocible 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".

(2) Tampoco cualquier error en la declaración es causa de anulación. El 208 señala que "Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo". Se trata, por cierto, de una regla de difícil interpretación, puesto que, por un lado, limita el error a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración y a la identidad de la persona. Por otro lado, hace aplicables "en cuanto sean pertinentes" los artículos 202 (esencia y cualidad del objeto, éste no necesariamente principal; cualidades de la persona y error de derecho), el 204 (error en la cantidad) y 205 (error en el motivo). ¿Cuándo hay pertinencia? He ahí un problema bastante conflictivo al que, de momento, no encuentro respuesta definitiva y que otros tendrán que contestar³.

II.- LOS PROBLEMAS

2. EL ERROR Y LAS SINGULARIDADES DEL TESTAMENTO

En materia de testamentos, el artículo 809 no hace distingo alguno entre error en la voluntad y error

2. Sobre los criterios de conocibilidad, véase mi trabajo "El Negocio Jurídico", Lima, 1986, pp. 349-353.

3. Sobre la cuestión de la pertinencia véase "El Negocio Jurídico", Lima 1986, pp. 359-361 y nota XXI del Apéndice.

en la declaración. Así, pues, es imprescindible dilucidar si alude a uno u otro, o si comprende las dos especies y luego saber sobre qué recae el error. La cuestión es importante, porque siendo distintas las causas admitidas en uno y otro casos, de ello dependerá la validez o posible anulabilidad del testamento como negocio jurídico. Sin embargo, entre negocio 'mortis causa' como es el testamento y negocio 'inter-vivos' existen singulares diferencias que es preciso poner de relieve antes de estudiar el tratamiento del error, pues esas peculiaridades inciden de manera definitiva en el tratamiento legal del error.

El testamento es, en primer lugar, un negocio jurídico unilateral. Es un negocio en el cual, fundamentalmente, se regulan y ordenan intereses patrimoniales por virtud de una declaración de voluntad del testador que tiene carácter de declaración no recepticia. Es no recepticia porque no requiere para su perfección el que haya de ser transmitida a su destinatario (en este caso el beneficiario del testamento). La declaración testamentaria es válida desde que se expresa por el testador, sin que importe su notificación al interesado en ellas; en suma que no se requiere su recepción, sino sólo la manifestación o declaración. Supuestas estas características de negocio unilateral (que no requiere consentimiento de otro) y no recepticio (la declaración, aunque dirigida a los sucesores y albaceas, se perfecciona por su emisión —y documentación—, no por su recepción) es indudable que es un negocio en el que no existe otra parte.

El testador, consecuentemente, no está sujeto a la carga de responsabilidad ante terceros de lo que declara, ni está limitado por la confianza que en el receptor suscite el contenido expresado y el modo expresivo de su declaración, a lo cual deba ajustar su conducta.

El testamento es, efectivamente, un acto por el cual el testador dispone de sus bienes (aunque no exclusivamente, Cfr. art. 689 C.C. 'in fine'). Pero asimismo es una disposición singular no sólo por ser gratuita —que también es asunto determinante, como veremos—, sino fundamentalmente por consistir en instrucciones de disposición. Me explico, el testamento, que puede ser revocado o modificado según quiera el testador, tiene eficacia 'post mortem' —y por tanto diferida desde que la voluntad se emite— y ello implica que el testador no alcanza a conocer el resultado práctico-jurídico de su voluntad. Mientras que en los negocios 'inter vivos' es normal que la disposición de voluntad la ejecute y cumpla (controle) el propio declarante, en los testamentarios se requiere forzosamente la existencia de un tercero ejecutor de dicha voluntad, que es el albacea nombrado por el testador, o ejercerá tales funciones el que los herederos designen o el albacea dativo judicialmente designado. Es misión del albacea cumplir con las disposiciones de última voluntad que el testamento contiene. Desde este punto de vista, el testamento es fuente de informa-

ción, pero no es, por sí mismo, directo e inmediato creador de relaciones jurídicas cuya observancia se exija al testador o que pueda él demandar. Vale decir, cuando la voluntad creadora (facción del testamento) se expresa, no surgen relaciones exigibles. Una garantía hipotecaria o un reconocimiento de deuda en testamento por escritura pública, quedarán sin efecto si el testador lo revoca. Cuando las relaciones surgen al aceptarse la herencia o legado (con efecto retroactivo a la fecha de la muerte), no debe estudiarse la voluntad del testador y por ende su posible error en tal momento en que surge el vínculo sucesoral, sino el momento en que la voluntad se expresó. O sea, al momento de emitirse las instrucciones testadas sobre la aplicación o distribución de un patrimonio. Obviamente el error tiene desde este punto de vista una cualificación distinta del que tiene en los actos entre vivos.

Decíamos también que el carácter de atribución patrimonial gratuita en la sucesión juega un rol importante. Esta gratuidad implica (al menos parcialmente si el bien estuviera gravado, o afecto a un cargo modal, o si la herencia tuviera deudas) un enriquecimiento del beneficiado sin contraprestación equivalente. Consecuentemente, la determinabilidad del error no debe descansar tanto en este beneficiado cuanto en la exclusiva voluntad del testador.

Por último, fallecido el testador, su voluntad testamentaria no puede ni renovarse ni ser indagada del propio testador, quien por sí mismo ya no puede aclararla ni rectificarla. El testador no está en aptitud de demandar la anulación de una disposición basada en una voluntad viciada. De lo cual se desprende la dificultad de conocer hasta que punto el error fue o no impulsor determinante de su disposición.

3. ¿A QUE ERROR ALUDE EL ART. 809?

A partir de las anteriores premisas, que encuentran su razón en la especial naturaleza del testamento, iniciemos el estudio del error en esta sede de la mano del 809. Lo primero que interesa saber es si se admiten el error—vicio y el error de la declaración.

A mi modo de ver, el artículo comprende ambas variantes de error, que siendo de hecho o de derecho, incida en la formación de la voluntad del testador o en la expresión de la misma. La doctrina está mayoritariamente de acuerdo en esto. Es perfectamente admisible que el error recaiga, por ejemplo, en las cualidades personales que el testador creía que el legatario tenía y en consideración a ello hizo el legado, o que el error consista en equivocación del nombre del legatario. Típico error de derecho en la declaración (que, sin embargo, no es causal de anulación sino de rectificación), es el previsto en el artículo 735 'in fine'. Se tratará de examinar en cada caso la naturaleza del error, porque las consecuencias son diversas. En sede testamentaria, donde la voluntad del testador debe

ser respetada, es de perfecta aplicación el artículo 209, según el cual "El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado".

Determinada ya la posible dualidad en el error, nos saltan a la vista dos palabras del numeral 809 que, sin duda, conviene precisar: error 'del testador'. Esto parece limitar el campo de la anulabilidad. Considero, sin embargo, que también deben admitirse error del notario en la transcripción de lo escrito o dictado (artículo 696) no advertido por el testador luego de serle leída cada cláusula. Es un caso de imperfecta transmisión de la declaración.

4. REQUISITOS DEL ERROR

A tenor del artículo 809, no todo y cualquier error es relevante como causal de nulación. El precepto impone tres exigencias. Individualmente analizadas son de compleja inteligencia y no menor dificultad de aplicación. Estudiados en conjunto, el trío de requisitos es de antipática conciliación interna; se avienen mal entre sí. Por último, para pasmo y desazón del examinador, la doctrina legal del 809 peca por desabrida o insuficiente, y a duras penas resiste una armoniosa conjugación con la dogmática general del error acomodada a las singularidades del testamento.

a) "Error esencial de hecho o de derecho".

La norma no alude a error a secas; antes bien, reclama que la disposición testamentaria sea debida a error 'esencial'. Pero no sólo esencial, sino además de hecho o de derecho. El primer problema se plantea en saber si esta esencialidad significa: a) la idea o cualidad fundamental que inspira la disposición (querer obrar 'post mortem'); b) importancia o notoriedad del error (o sea, ignorancia o equivocación gruesas), o; c) esencialidad (legal) de aquello sobre lo que el error recae. La distinción no es secundaria ni ociosa, pues dependiendo de la posición que se adopte será mayor o menor el campo de aplicación de la anulabilidad debida a error. Lo cual, como corolario, significará que el poder de investigación será más o menos amplio. Paralelamente, el investigador tendrá más o menos certidumbre de sus conclusiones sobre la voluntad del testador, y la declaración escrita tendrá más o menos posibilidades de subsistir incólume ante una alegación de error.

(1) Si optamos por la primera de las tesis anunciadas, cualquier error que incida en la disposición testamentaria con carácter necesario, inseparable y sustancial sería susceptible de justificar la nulación.

Quedará a criterio del juzgador examinar en cada caso concreto qué es esencial y qué no lo es y su influencia sobre el testador.

(2) Si nos pronunciamos por la segunda, aunque el error sea nimio y aparentemente de poca monta, habrá que indagar su origen, calibrarlo en el contexto del testador y en su ánimo en un momento dado y determinar su influencia sobre lo que el testador dispuso. Aquí hay que apresurarse a destacar que la medida de la importancia no está dada por el error mismo o —mejor dicho— por la importancia que el juzgador le atribuya, sino en el peso que el testador le hubiese atribuido. La importancia, así juega como repercusión.

Cosa distinta es la naturaleza del error. Esto es, lo que antes habíamos dicho como ignorancia o equivocación notorias. Notoriedad ésta que asume particular rol cuando se examina el siguiente requisito (que el error aparezca en el testamento. Pero de esto ya se hablará 'in extenso' más adelante).

(3) El error 'esencial' también admite una tercera lectura. Se trata de la más prudente. La más fácil y legalista también. La más ceñida al pie de la letra. El artículo 202 apunta que "El error es esencial cuando: 1) Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad. 2) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad. 3) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto".

Pero siendo esta tesis la que más cómodos discipulos pudiera encontrar, se me hace muy cuesta arriba que deba admitirse como exclusiva y excluyente. Tendríamos que echar al canasto otras variantes de error en lo absoluto desdeñables.

El segundo problema —de menor entidad, por cierto— concierne a la calificación del error esencial como "de hecho o de derecho". Calificación antigua y de linaje, pero estrecha y ya algo devaluada y con justicia criticada. Razón por la cual sabiamente, supo el codificador prescindir de ellas al legislar de la doctrina general del error. Pero aquí en testamentos, sin venir a qué, la ha traído y bendecido. Lo del error de derecho está más o menos claro. Mas agregar a él sólo el de hecho es bastante restrictivo, como si uno pudiera tener la fortuna de ignorar o equivocarse sólo sobre los hechos y no pudiera cometer yerros sobre conceptos, cualidades, funciones, esperanzas, etc. Sin entrar en honduras, a los fines del 809 conviene aceptar y tomar como premisa verdadera que todos los errores que no sean de derecho, el legislador los considera como de hecho. Francamente, me resisto a pensar que deban ser otras las interpretaciones y que con la utilización del vocablo 'hecho', el legislador haya querido prescindir de todo lo que no es fáctica o empíricamente verificable.

b) "Cuando el error aparece en el testamento".

Aunque no se dice, se supone que lo que ha de

aparecer es el error esencial de hecho o de derecho. No se entiende que lo que haya de aparecer sea un error distinto.

Sentado lo anterior, auguro para este requisito que al artículo 809 impone el privilegio de ser fuente de hartos conflictos. Tanta sencillez despierta duda. De puro obvia, la exigencia levanta suspicacias. Digo que parece obvia porque, como es natural, si el error no aparece no hay para qué preocuparse. Y si aparece ¿acaso va a aparecer en otro negocio jurídico?

La frasecita tiene sus bemoles. Porque dice que el error, subráyese, tiene que aparecer. Y aparecer en el testamento. Para mí esto es un intrínquilis. Porque, si no aparece evidentemente, no hay error ni anulabilidad que argumentar. Examinemos alternativas:

(1) Que el error efectivamente sea manifiesto. Sin embargo, no sería esta la interpretación literal, porque si es manifiesto, mal puede aparecer. Aparecer es verbo de tránsito y movimiento, como cambio de la potencia al acto. Aparece lo que antes no aparecía. Pero en fin, prescindiendo del significado textual, suponiendo que lo que aparece haya sido empleado como sinónimo de lo que ya está y se ve, o que se atisba como muy probable o que es claramente perceptible, el error tendría que aparecer como saltante. Vale decir, que está de manifiesto y que se advierte de la lectura de la disposición aislada o del contexto de ella en el documento.

Si se admite lo anterior como punto de partida, forzoso es admitir al mismo tiempo que del propio documento tiene que desprenderse lo correcto o verdadero, pues de lo contrario el error no podría ser manifiesto. Al lado de lo falso, tiene que estar lo correcto, ya que de otro modo lo falso no podría manifestarse.

Llegados a este punto, las conclusiones fluyen solas. Primera: que estamos ante un problema de interpretación de declaración de voluntad. El intérprete, merced a los datos que el testamento proporciona, a través de la declaración se interna en la voluntad para escrutar cuál de los datos manifiestos es correcto y cuál es falso, puesto que ambos no pueden convivir. Segunda: que si el error es manifiesto, tiene que consistir en un error en la declaración. Es decir, defectuosa expresión de lo sanamente razonado. El error que vicia la formación de la voluntad nunca está de manifiesto, porque si lo estuviera y el testador posee un mínimo de inteligencia y sentido común normales, claro está que se trataría de una burla. Me parece ocioso enfatizar y abundar en que si el error vicio está de manifiesto, no lo comete una persona en su sano juicio. O se está burlando y pretende convertir su testamento en un acertijo, o es un insano que no sabe discernir. Tercera: que si se trata de un error manifiesto y es un error en la declaración, es fácil conocer y rescatar la voluntad erróneamente expresada o expli-

cada. Por lo tanto, en sede sucesoral testamentaria debe preservarse esa voluntad. Carece de sentido anular la disposición cuando se sabe cuál es la auténtica voluntad, resultado de haberla descubierto al suprimir el error manifiesto. Tal error no vicia el acto, pues es de aplicación el principio contenido en el artículo 209, aunque las hipótesis pueden ser más numerosas. Cuarta: si el error es en efecto manifiesto, y error en la declaración, tendríamos que descartar las causales de anulación basadas en el error vicio cometido en la etapa de formación de la voluntad. Y descartar de plano como probables algunas de las variantes del error esencial.

Consecuentemente, creo que procede desechar como correcta esta alternativa de interpretación del requisito. El error manifiesto que aparezca, no es causal de anulación.

(2) Que el error haya sido puesto de manifiesto. Es decir, que se haya mostrado la comisión de un error. Ahora bien, tal error que "aparece en el testamento", no aparece por generación espontánea. Ha tenido que ponerse al descubierto. Alguien tiene que decir en qué consiste el error, pues es de sentido común que el error no acredita su existencia por sí mismo. Quiero decir, solamente se puede hablar de error cuando se lo compara con lo correcto. Lo cual implica, como bien se comprenderá, saber y conocer (o determinar) lo que se considera como correcto. La existencia del error sólo se demuestra como consecuencia de un juicio valorativo, que pone a la luz que se ha confundido una apariencia de verdad con la verdad misma; que lo irreal, lo inexacto o lo incorrecto se han confundido con lo real, lo exacto o lo correcto. Para que el error exista, tiene que existir un dato o criterio aceptado como válido o correcto, pues de otra manera no se ve posibilidad de distinguir el error de lo que no es error.

Consiguientemente, quien alegue error de hecho o de derecho del testador, tendrá que señalar las razones en las cuales fundamenta su juicio valorativo. Mas para ello, necesariamente deberá: a) exponer la proposición (dato, criterio, etc.) que presumiblemente el testador consideraba verdadera, o que razonablemente debía considerar como tal —recalco, que el testador consideraba como 'su' verdad, aunque no lo fuera para el resto de la gente—; b) demostrar que efectivamente ha existido un juicio erróneo debido a un defecto de razonamiento —ignorancia o equivocación—, o que ha existido un desajuste entre lo expresado o declarado y lo querido como verdad (y coincidente con tal verdad). En suma, quien pretenda la anulación por error, debe aportar los criterios (ocultos, claro está, porque si fueran visibles el error sería manifiesto) que constituyen lo verdadero o que se admiten como correctos o exactos para el testador.

Pero, ¿dónde está lo verdadero, lo exacto, lo real?. Una de dos: o en el testamento o fuera de él. Me explico: o los criterios se 'extraen' de la propia de-

claración testamentaria, o se encuentran en documentos, datos, hechos (realidades, en suma) extratestamentarios. Pues bien, en ninguno de los dos casos el "error aparece en el testamento". En el primero, lo que aparece es la verdad; lo que ahora se reputa error ya estaba en el testamento y por tanto no aparece. Lo que ocurre es que, por efecto de descubrir lo correcto, también se descubre el error, que no se sabía que era tal hasta que apareció lo tomado y admitido como exacto o correcto. En el segundo caso, ocurre igual, pues la disposición testamentaria se convierte de aparentemente verdadera o correcta en falsa por haber sido impugnada en base a datos exteriores al testamento. Por tanto, en la medida que es necesario salir del testamento para demostrar el error, es evidente que el error no está en él, puesto que el testador, inadvertidamente, consideró su disposición como verdadera.

El problema expuesto, sin embargo, esconde uno más complejo. Me refiero a si al exigir el codificador que el error "aparezca" en el testamento ha querido prohibir indagación extratestamentaria de la voluntad del testador. Pero aunque conviene dejar puesta desde ahora esta "quaestio disputata", la examinaremos con detenimiento más adelante.

En resumen, que no creo que propiamente pueda hablarse del "error que aparece en el testamento", pues lo que aparece en el testamento necesariamente se considera correcto mientras no se demuestre lo contrario. Voy a intentar explicarlo:

— Supongamos que el criterio de lo correcto se deduzca del propio testamento. En este supuesto, aunque efectivamente el error parezca 'estar' en una de las disposiciones testamentarias, la lógica conduce a descartar la existencia o comisión de un genuino error-vicio. Tiene que ser así, porque si de la propia declaración testamentaria examinada en conjunto, puede colegirse que el testador conocía lo correcto y lo enjuició adecuadamente en una parte del testamento, no cabe admitir que en el propio cuerpo declarativo sufriera confusión intelectual o cognoscitiva. Descubierto el criterio de lo correcto, se produciría una aparente contradicción entre estipulaciones. Pero la razón obliga a desechar esta tesis, porque no pueden

coexistir dos distintas 'verdades', ambas opuestas entre sí, sobre lo mismo. Lo verdadero y lo falso no pueden convivir sobre un mismo objeto de conocimiento; el testador no puede haber tenido dos voluntades divergentes. Entonces, la tarea se reduce no a anular la disposición testamentaria presuntamente asentada en el (aparente) error, sino a entenderla dentro del contexto. O sea, dar un sentido coherente y acorde con lo testamentariamente correcto a lo que era incoherente. La interpretación testamentaria ha de salvar la contradicción entre voluntades o declaraciones.

— Ahora imaginemos que, sin salir de la declaración testamentaria, nada hay en el testamento que permita suponer la existencia de error. O sea, que no hay en él ningún elemento de juicio que revele la comisión de un error manifiesto, y que tampoco permita ponerlo de manifiesto. Todo se supone correcto; no se perciben contradicciones externas; ni equivocaciones o juicios imperfectos. Entonces, naturalmente, no hay error "que aparece". El "error" que no aparece porque no se descubre del testamento, no es error y por ende mal podemos hablar de anulación, como prescribe el artículo 809.

Con cualquiera de las dos hipótesis expuestas, en la medida que la búsqueda del error deba limitarse al ámbito testamentario, llegamos a la conclusión que no hay error o que éste es salvable por efecto de la interpretación. Mas tal conclusión, no satisface en lo absoluto, porque nos deja 'in albis' sobre el sentido del requisito. Yo creo que el requisito de que el error aparezca en el testamento ha de tener alguna razón. Me resisto a considerarlo inútil y simple delirio del legislador. Porque si fuera inútil, la norma habría podido quedar redactada para que se leyera así: "... son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho (...) cuando es el único motivo que ha determinado al testador a disponer".

A mi entender, este último requisito del motivo es el que nos debe dar la pista para la adecuada comprensión de la norma. Pero de ellos hablaremos en otra oportunidad.

La aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro país: riesgos y posibilidades

Eduardo Benavides Torres

Bachiller en Derecho

Al efectuar un repaso sobre los intensos debates que han precedido la incorporación de la "excesiva onerosidad" a los códigos de otros países, al recorrer un proceso marcado por fórmulas jurisprudenciales intermedias, ingeniosas construcciones doctrinales, discusiones interminables, fallos audaces de los tribunales, y luego contraponer esta experiencia con la recepción de la institución en nuestro derecho civil, el contraste es claramente chocante.

Frente al carácter "agónico" que tal consagración asumió particularmente en el caso del código Italiano y el Argentino, llama profundamente la atención la absoluta facilidad con la que el asunto "pasó" en la Comisión Reformadora y en la Revisora: ni discusiones encendidas ni críticas estridentes, en el camino previo. Tampoco atisbos en la jurisprudencia, ni fórmulas intermedias. Es cierto que en la aceptación de la figura pesaron decisivamente las opiniones de las autoridades jurídicas en obligaciones y contratos que conformaron la Comisión Reformadora —el Dr. Osterling, el Dr. León Barandiarán, el Dr. Arias Schreiber y el Dr. De la Puente— pero ello no invalida esta impresión, a primera vista, de que en nuestro caso pareciera haberse quemado etapas, pareciera haberse avanzado demasiado aprisa.

La consagración legislativa en el caso de otros países ha sido sólo el último peldaño en un arduo y prolongado camino, jalonado de marchas y contramarchas, y en el que la aceptación de la imprevisión se ha visto estimulada por la presencia de fenómenos desbordantes, grandes crisis económicas y sociales, situaciones ante las cuales la reacción del legislador fue entendida como la lógica respuesta del Derecho al desafío de la realidad, a las demandas de los actores. En nuestro caso, en cambio, el Derecho pareciera haberse adelantado a cualquier exigencia de la realidad. Ni pronunciamientos judiciales, ni reclamos de los juristas, excepción hecha de las propuestas de Osterling y de la Puente, la consagración legislativa de la institución ha obedecido más al elevado criterio de los codificadores que a presiones del medio.

Lejos estamos con estas reflexiones de pretender insinuar una suerte de "capitis diminutio" de la institución incluida en el Código, y mucho menos de reprochar como inadecuada tal inclusión. Diversos acontecimientos producidos en nuestro país durante los últimos años —inflación, devaluación de la moneda, terrorismo, el fenómeno del Niño, congelamiento de precios y alquileres, indexación, régimen de reajuste de capital para préstamos, régimen de alquileres del D.L. 21938, licencias de cambio para la importación, variación de los intereses, etc.— permiten presumir que existe suficiente fundamento como para lograr una aplicación suficiente de la figura.

Sin embargo, los riesgos que, en todo caso, lleva consigo la consagración legislativa de esta institución, por las delicadas facultades que se pone en manos de los jueces, se acrecientan por la escasa difusión del carácter y significado de la "excesiva onerosidad" en nuestro país. Este es el verdadero sentido de nuestra preocupación. El generalizado desconocimiento que existe sobre el tema, desafortunadamente tornado en confusión en muchos casos, se presenta como un peligro de aplicación equivocada del remedio. Para muchos, la "excesiva onerosidad" se pierde en medio de esa gama de remedios impuestos por la equidad (abuso del derecho, lesión, enriquecimiento indebido, etc.) y se diluye en medio de una serie de facultades genéricas del juez para reconstruir el contrato según la justicia del caso.

Todavía cuando se habla de "excesiva onerosidad" percibimos invariablemente un estremecimiento de temor en nuestro interlocutor, quien ve en ésta una peligrosa atribución de poderes al juez, que podría destruir arbitrariamente la relación y generar una corriente de inseguridad. Ciertamente los jueces podrían sentirse tentados de hacer un uso indiscriminado de las facultades conferidas y los litigantes podrían creer que por esta vía puede evitarse el cumplimiento siempre que asome alguna dificultad en la ejecución de su prestación.

En 1942, un notable partidario del instituto y propulsor de las nuevas tendencias en el Derecho Contractual, Enrique García Sayán¹, nos advertía contra la posibilidad de dar cabida a la revisión en nuestro código, pues "sería singularmente peligroso en un país como el nuestro que todavía no cuenta, por lo general, con una magistratura lo suficientemente ilustrada para manejar instituciones tan expuestas, y en el que el sistema de nombramientos permite, muchas veces, que actúen en las designaciones judiciales, influencias políticas o intereses locales". Para García Sayán la institución sólo podía "encontrar justificación y dar los resultados esperados, en medios de cultura jurídica superior", por requerir fundamentalmente una "magistratura judicial con alto grado de independencia y discernimiento". "Por ahora no parece, pues, que estemos en condiciones de incorporar a nuestro derecho codificado un texto semejante al polaco o al italiano", concluía el gran jurista.

Cuarenta años después, la reflexión es inevitable, ¿ha cambiado tanto nuestra magistratura judicial como para restar vigencia a las palabras de García Sayán? Sin duda, más allá, de la depurada técnica de los artículos pertinentes del Código Civil, del intachable espíritu de la institución, no podemos cerrar los ojos a los enormes riesgos que podrían estar implicados en una aplicación judicial inapropiada de la solución. Los reparos de García Sayán se traducen hoy en una reacción generalizada de temor y desconcierto, de suspicacias y recelos por parte de nuestros letrados ante la sola mención del tema. Para la mayoría se trata de un remedio perfecto, soberbio, irreprochable, pero cuya aplicación debe dejarse al juez helvético o al británico, cuya cultura, equilibrio y ponderación garantizan una justa aplicación del remedio. "Magno y al mismo tiempo peligroso instituto" se dice, repitiendo a Me-deiros. El acoger esta figura en nuestro país, se piensa, podría comprometer seriamente la estabilidad de los negocios y dar lugar a la arbitrariedad del juez, a quien se proporcionaría "un instrumento demasiado a la mano para inmiscuirse a menudo en las relaciones contractuales".²

En el seno de la propia Comisión Revisora se escucharon voces atemorizadas ante la perspectiva de una posible proliferación de juicios y un debilitamiento del vínculo contractual. Finalmente, y afortunadamente, tales temores no prosperaron, y se respetó la propuesta de la Comisión Reformadora, con algunas precisiones.

Claro está esta generalizada desconfianza hacia la labor judicial en nuestro país no es gratuita. Por el contrario, ha sido alimentada durante años por desaciertos judiciales, extralimitaciones insólitas, fallos equivocados cuando no impertinentes o manifiestamente contrarios a derecho.

Sin embargo, cabe advertir que muchos de estos temores y reparos se basan en una imagen inexacta del instituto, imagen deformada a través de su paso por la "cláusula" y la "teoría de la imprevisión", la "imposibilidad económica" y la libre revisión según la buena fe, hasta casi convertirse en una sombra chinesca. Los recelos de García Sayán y de muchos juristas, serían comprensibles si de lo que se tratara es de otorgar amplios poderes a los jueces para revisar la relación, estableciendo una justa equivalencia de las prestaciones según su criterio muy personal de equidad. No es este el poder que recibe el juez en los artículos 1440 y siguientes. Por el contrario, estas normas conceden facultades restringidas al juez, le señalan claramente los requisitos y supuestos que permiten su intervención y le muestran un campo de acción debidamente acotado y limitado.

A este respecto, hay que volver a enfatizar que no toca al juez regular el contrato con equidad, configurar nuevamente las prestaciones ni restablecer siquiera el equilibrio contractual, objetivo o subjetivo, como han creído Borda y algunos autores. Las facultades del juez, y ello aparece claramente del 1440, se limitan a expurgar de la relación el grado o proporción de onerosidad que permita que ésta deje de ser excesivamente onerosa sin dejar de ser onerosa. Con ello se responde al fundamento de la institución que es la desaparición de la base del negocio y no la simple ruptura de la equivalencia entre las prestaciones. Con ello se logra, al mismo tiempo, un justo equilibrio entre los intereses de ambas partes. El propósito de la revisión no es colocar al contratante perjudicado en mejor posición que la del contratante beneficiado. A esta misma conclusión han llegado los tribunales alemanes, italianos y argentinos, sin contar con una norma de la precisión del 1440, al igual que tratadistas como Llambias, López de Zavalía, Morello y Busso.³

A pesar de ser moderados los poderes que el código confiere al juez, éste disfruta de suficiente libertad como para apreciar y decidir en torno al carácter extraordinario e imprevisible de los acontecimientos sobrevinientes, como también para determinar si la one-

1. García Sayán, Enrique: "Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y la Legislación Peruana", Lima, Ed. Lumen, 1942, p. 157-158.

2. García Sayán, p. 158.

3. Llambias, Jorge, citado por Mosset Iturraspe, Jorge — Jortack, Víctor: "Indexación, Abuso y Desindexación", Santa Fe, Rubinzal — Culzoni Editores, 1982, sostiene que se debe restablecer el convenio en condiciones tales que, manteniéndose en lo posible la ecuación de las prestaciones, se elimine la estridencia de la desproporción entre ellas "que es lo que ha hecho necesario acudir al remedio". "El resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, aunque no con la brutal intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio como el deudor un mal negocio, pero en términos aceptables (...) La teoría de la imprevisión no es un dispositivo que le permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia".

rosidad sobrevenida sobre la prestación es o no excesiva. En relación a estos factores, aún cuando existan reglas valiosas, el criterio del juez en relación a las circunstancias concretas y el contenido del contrato es decisivo.

Pero a pesar del carácter limitado de las normas sobre excesiva onerosidad, siempre existe el riesgo de que el juez pretenda sustituir la decisión de las partes, atribuyéndose facultades al margen o en contra de lo establecido por la ley. La aparición de una figura nueva de tales características puede siempre provocar un exceso de simpatía y una aplicación desmesurada, de manera que el juez se sienta tentado de recurrir a ella en casos en los que no se dan los supuestos y en lo que incluso podría no haberse demandado expresamente tal remedio.

La solución frente a tales peligros nunca está en objetar el principio o atacar el derecho, sino en corregir el abuso que pudiera hacerse de él. El juez que pretende asumir facultades generales de revisión, se sale fuera del marco legal e incurre en conducta arbitraria y contraria a lo señalado en la ley. Tal riesgo se da cada vez que el juez administra justicia y en situaciones incluso harto más delicadas. En lugar de resignarnos a lo peor, la solución está en instar a nuestros jueces a obrar con prudencia y parsimonia, a tener siempre en mente que se trata de un remedio excepcional, heroico y que el principio y regla general deberá ser siempre la obligatoriedad de los contratos. Las exigencias de Hedemann⁴ de "jueces enérgicos y conscientes de su responsabilidad", y aquellas de Rezzónico⁵, de "jueces vivos y sagaces, no pasivos e inanimados", resultan particularmente aplicables en el manejo del instituto. En su delicadísima misión, nuestros jueces deben obrar con suma cautela, teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, el fin del negocio y el contenido del contrato, haciendo acopio de ecuanimidad, conciencia, aplomo y responsabilidad.

En cuanto a las premoniciones que auguraban un semillero de juicios como resultado de la recepción de la excesiva onerosidad, los hechos han demostrado la falta de sustento de tales pronósticos. A casi tres años de haber entrado en vigencia el Código Civil, lejos de

haberse producido una proliferación inusitada de acciones sobre la materia, son muy raras las demandas interpuestas sobre el particular, lo cual además impide un análisis de la conducta de nuestros jueces en torno a la cuestión.

Tampoco parece justificado premunirse contra una probable aplicación exagerada de la figura. La tendencia en Italia y Argentina, luego de la inclusión de la institución en los respectivos códigos, fue más bien en sentido contrario, al menos inicialmente. Mientras la jurisprudencia italiana llegó a una aplicación restringida del 1467, dejando fuera los casos de devaluación monetaria, su contraparte argentina describió una propensión inicial hacia una aplicación diminuta del 1198, distinguiendo deudas de valor y deudas dinerarias, derechos fluyentes y no fluyentes, etc. Por ello, Carlomagno⁶ reclamaba un "uso intenso de las facultades que la investidura judicial otorga, instando a tener confianza en los jueces y ellos a merecerla". Decía el tratadista Argentino que "sintiendo el 'pathos' la pasión de su augusta tarea" el juzgador debía "aún desde tan alto sitial, también y con mayor razón" luchar por el derecho no dejando que únicamente lo hicieran los litigantes y sus letrados.

Sin duda, mientras quienes apliquen justicia sean seres humanos, los fallos en materia de excesiva onerosidad, como en cualquier otro asunto, serán susceptibles de errores y desaciertos. Las comisiones reformadora y revisora han hecho su parte, poniendo a nuestro alcance un texto que se coloca a la cabeza de las normas del derecho comparado sobre excesiva onerosidad y que se ofrece como ejemplo a seguir para las futuras legislaciones. Ahora, como diría Casiello "... el resto queda librado a la inteligencia y a la discreción de los jueces, que si ahora cuentan de manera expresa (...) con un nuevo y valioso instrumento para hacer justicia en el caso concreto, también deben meditar que si no hacen uso de él con ponderación suma, acabarán por lesionar gravemente otros valores —seguridad, certeza, confianza en el contrato— jerárquicamente inferiores al valor justicia, es verdad, pero, a la vez, sustento natural del orden jurídico dinámico e indispensable en la vida de relación".⁷

4. Hedemann, J.W.: "Derecho de las Obligaciones", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, Vol. III, p. 151.

5. Rezzonico, Luis María: "La Fuerza Obligatoria del Contrato y la Teoría de la Imprevisión", Buenos Aires, Perrot, 1954, p. 152.

6. Carlomagno, Adelqui: "Algo más sobre la Imprevisión", Revista de Jurisprudencia Argentina, tomo 1961—IV, Buenos Aires, p. 78.

7. Casiello, Juan José: "La Teoría de la Imprevisión en la Reciente Reforma del Código Civil", Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 131, JI—Spt. 1968, Buenos Aires, p. 1501.

La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble

Alfredo Bullard G.

Alumno de 7mo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC y miembro del Comité de Redacción de Thémis.

1. LA PRESCRIPCION

El artículo 950 del Código Civil establece que "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años ...". Este artículo se refiere, pues, a la prescripción adquisitiva en base a una posesión de mala fe, pues de mediar justo título y buena fe el plazo será de solo cinco años.

Sin embargo, esta norma, de por sí bastante clara, deberá aplicarse conjuntamente con el artículo 2122 hasta el 13 de Noviembre de 1994, que señala que la prescripción iniciada antes de la vigencia del Código Civil de 1984, se rige por lo dispuesto en el Código de 1936 (es decir 30 años), pero si desde que entró en vigencia el nuevo Código transcurriese el nuevo plazo establecido este surtirá efecto. Si hasta el 13 de Noviembre de 1994 el poseedor que pretenda adquirir por prescripción deberá probar su posesión por 30 años, pero a partir del día siguiente, es decir el 14 de Noviembre de 1994, cuando el Código tenga una vigencia de 10 años, su necesidad de prueba se verá aliviada, bastándole probar diez años de posesión.

Pero no todo poseedor puede adquirir por prescripción. El artículo 950 exige que esta posesión sea continua, pacífica, pública y como propietario.

Que la posesión sea continua implica que no tenga interrupciones, que no goce de solución de continuidad en el tiempo. Esta afirmación no debe interpretarse, sin embargo, de manera literal. Sería absurdo pretender que ha roto la continuidad de la posesión por una ausencia de ejercicio de hecho de los atributos de la propiedad por unas cuantas horas. La posesión será continua cuando la interrupción que se produzca no sea mayor a un año que es el plazo que el artículo 921 del Código exige para que el poseedor pueda rechazar los interdictos que se promuevan contra él. La razón de esto es obvia: quien pierde la posesión por un período de un año pierde al mismo tiempo el derecho conferido pues potencialmente la

ley podría amparar a un nuevo titular del derecho. Así, si recupera la posesión luego del año empezará a computar un nuevo período distinto al anterior. Un instrumento adicional que debe tomarse en cuenta al estudiar la continuidad es la presunción contenida en el artículo 915 del Código. La prueba de la continuidad de la posesión sería virtualmente imposible si debiera probarse el ejercicio de hecho de alguno de los atributos de la propiedad en cada instante durante el transcurso del período alegado (en este caso 30 años). La ley acude en auxilio de poseedor diciéndole que si prueba haber poseído en un momento anterior se considerará que poseyó en el período intermedio, salvo prueba en contrario.

Un segundo requisito es que sea una posesión pacífica, es decir exenta de violencia. Ello implica que ni la adquisición ni la continuidad en la posesión deben basarse en circunstancias que impliquen el uso de la coacción o la fuerza. Pacífica debe implicar tanto el no uso de la fuerza física como el de la moral. La desposesión basada en amenazas, en el secuestro de un familiar, en el chantaje, etc. tampoco debe ser amparada por la ley, pues la mala fe no deberá trascender jamás el ámbito de la mera voluntad del usurpador (es decir el conocimiento de su calidad de poseedor ilegítimo) para ir al campo de los hechos, en los que la posesión del bien se base en circunstancia distinta que el descuido o falta de diligencia de quien tiene el legítimo derecho a poseer. Este requisito debe ser cotejado con lo que señala el artículo 920 que faculta al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él para desposeerlo, cumpliendo dos únicas condiciones: que lo haga sin intervalo de tiempo y se abstenga de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Evidentemente, el poseedor que hace uso de esta facultad no convierte su posesión en una no pacífica, así la fuerza que repele provenga del que tiene el legítimo derecho a poseer. El fundamento de esta afirmación es la presunción de propiedad que ampara la posesión (artículo 912) y que hace que ésta como hecho genere derechos distintos al derecho legítimo a poseer, principalmente los referidos a la defensa poseso-

ria. Así, en un interdicto no se discute propiedad (salvo el caso de interdicto de adquirir) como en una acción reivindicatoria no se discute posesión (salvo como fundamento de una alegada prescripción adquisitiva por parte del demandado, pero como fundamento de propiedad).

Un tercer requisito es que la posesión sea pública. Quien posee no debe temer que su posesión sea conocida, debe de actuar con la naturalidad que le daría tener un derecho legítimo. No adquirirá quien subrepticiamente se introduce en un inmueble y permanece oculto en una habitación del mismo con la intención de que el propietario no lo descubra.

El último y más importante requisito, es que se posea como propietario es decir que la posesión sea de una calidad tal que publicite propiedad, así esta no exista en favor del poseedor. La consecuencia principal de este requisito es que solo adquirirán por prescripción los poseedores plenos o los mediatos, pero jamás los inmediatos, por lo que el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, etc. no podrán alegar prescripción en su favor. Como consecuencia podemos afirmar que para que el poseedor pueda adquirir por prescripción no solo debe ejercer uno de los atributos de la propiedad, sino comportarse como si tuviera todos ellos.

Finalmente para entender el funcionamiento de la prescripción debemos analizar un último asunto: la suma de los plazos posesorios. Si para adquirir por prescripción la ley exigiera que la posesión hubiese sido ejercida por una sola persona en todo el período aludido los casos en que esta situación se presente no solo serían mucho más excepcionales de lo que ya son en realidad, sino que se impediría que la prescripción cumpliera la segunda de sus funciones, y que es de por sí la más importante y que justifica la existencia de la institución, cual es la prueba de la propiedad, como veremos más adelante.

En atención a esto, el artículo 898 señala que el poseedor puede sumar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien. Ello implica que para adquirir por prescripción puedo establecer una cadena de transmisiones válidas entre todos los poseedores que me antecedieron hasta completar el período que yo requiero para adquirir. Para ello la transmisión debe ser válida y entre posesiones homogéneas. Sobre lo primero hablaremos más adelante cuando veamos lo referido a los estudios de títulos y cuales son los requisitos a cumplirse en ellos. En lo referente a que las posesiones sean homogéneas ello implica que no serán adicionales entre sí una posesión mediata con una inmediata para poder adquirir por prescripción, en especial si entendemos que para tal efecto debe existir posesión como propietario. En consecuencia, sólo se sumarán posesiones mediatas o posesiones plenas para efecto de la prescripción adquisitiva.

2. LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD

Tal como hemos visto, la prescripción parecería a una institución de uso excepcional. Difícilmente la negligencia de un propietario llegará a niveles tales que permitan a un usurpador poseer sus bienes por períodos tan largos (en este caso treinta años) sabiendo que ello puede implicar la pérdida del bien. En todo caso la posibilidad existe.

Ante esto parecería difícil comprender el por qué de la existencia de la prescripción adquisitiva, y que no aparecería sino como un premio a la usurpación, como un incentivo, remoto pero alcanzable, para poseer lo ajeno.

Sin embargo, la prescripción responde a un interés distinto, y que no solo le da un carácter no excepcional, sino que la convierte en uno de los fundamentos esenciales de todo el sistema y de la seguridad jurídica que dicho sistema debe conferir a las personas. La prescripción adquisitiva se convierte en la medida de la prueba de la propiedad, nos señala sus límites, y la saca de la esfera de lo "kafkiano" para traerlo a la esfera de la realidad.

Toda propiedad se basa en lo que llamaremos un hecho adquisitivo, o mas comúnmente un modo de adquirir. Se adquiere propiedad por acto jurídico, por sucesión, por accesión, por tradición basada en un título, etc. Para probar que somos propietarios demostrar que adquirimos bien, es decir que nuestro derecho procede de un hecho adquisitivo válido. Para ello, el sistema jurídico nos presta los más variados medios probatorios. Sin embargo, la prueba del hecho adquisitivo válido. Para ello, el sistema jurídico nos presta los más variados medios probatorios. Sin embargo, la prueba del hecho adquisitivo propio no es suficiente, pues debemos probar que el anterior propietario a su vez había adquirido bien, es decir que derivaba su derecho de otro hecho adquisitivo válido, y así hasta que llegamos a encontrar un modo de adquirir originario, es decir el génesis verdadero y último del derecho de propiedad que alegamos. Como no será difícil comprender, de ordinario tendríamos que recurrir a la creación del bien, o como sucedería en el caso de los terrenos u otros bienes de naturaleza perpetua, a los orígenes de la sociedad de Hobbes, en la que todo era de todos y nada era de nadie hasta que se celebró el "contrato social" que dio origen a nuestro sistema jurídico. Esta cadena que se proyectaría en la historia a través de los siglos es lo que usualmente se conoce como la "prueba diabólica".

Para evitar tener que recurrir a esta cadena interminable el Derecho nos concede una vía alternativa de prueba: la prescripción. El límite a la cadena serán 30 años hasta el 13 de Noviembre de 1994 y 10 a partir del día siguiente a dicha fecha. Ir más atrás ya no interesa pues en el supuesto de que efectivamente el transfiriente anterior al plazo señalado no hubiese si-

do propietario, el actual poseedor hubiera adquirido ya de todos modos la propiedad por efecto de la prescripción.

Gracias a la prescripción el sistema consigue adquirir racionalidad y se torna teórica y prácticamente lógico permitiendo una aplicación real y una efectiva solución de los problemas que se planteen.

3. EL ESTUDIO DE TÍTULOS

El mecanismo por el que los abogados suelen evaluar e incluso probar el derecho de propiedad es lo que conocemos como "estudio de títulos". El abogado utiliza en toda la gama de conocimientos que tiene para analizar la historia del bien, es decir los hechos adquisitivos sucedidos en un período igual al necesario para que se produzca la prescripción larga, determinando la existencia de una posesión que cumpla con los requisitos exigidos, de manera que convierta el derecho de propiedad en inatacable. Sin embargo a nuestro entender, este estudio suele llevarse a cabo de una manera incompleta, pues se conceptualiza mal cual es la materia y las instituciones jurídicas que analizamos.

De ordinario el abogado que estudia títulos solicita un certificado de dominio por una antigüedad de 30 años si el inmueble está inscrito en los Registros Públicos. Si por el contrario, el inmueble no está inscrito o su inscripción es más reciente al período referido, añade como instrumentos para su estudio otros documentos como escrituras públicas de contratos traslativos de propiedad o simples documentos privados, testamentos o declaratorias de herederos. Con estos elementos se sienta en su oficina y estudia las últimas transferencias en el período requerido y ve la validez de los contratos, actos y circunstancias en las "F" que desea comprar el mencionado inmueble en 1987 se acerca a su abogado a solicitar su opinión. El que se transfirió propiedad. Si encuentra que todas las transferencias son perfectas y que no adolecen de ninguna causal de nulidad que las haga inválidas o nulas enviará un informe positivo a su cliente, pero si en algún caso encuentra que en alguno de los eslabones existe una deficiencia que puede traerse abajo la unidad de toda la cadena, por insignificante o improbable que sea la causal de invalidez, le señalará al cliente que la propiedad no es perfecta, pues existe un vicio que no le permite ser invensible por un mejor derecho.

Soy de opinión, que esta forma de proceder adolece de una grave imperfección ya que el derecho así analizado no se convierte en absolutamente invensible como se podría pretender. Podemos señalar dos ejemplos que ilustran el fundamento de nuestra posición:

a) "A" es propietario de un inmueble que vende a "B" en el año 1950. "B" vende a su vez a "C", este a "D" y finalmente compra "E". Todos proceden diligentemente e inscriben sus derechos, pero ninguno entra jamás a poseer el bien. En estas circunstancias

abogado acude a Registros y estudia los títulos respectivos comprobando que todas las transferencias han sido perfectamente válidas. Con el informe positivo "F" compra el bien, pero cuando se dirige a tomar posesión del mismo encuentra que en su interior vive "X" que es reconocido por los vecinos como la persona que posee el bien desde el año 1951. "F" indignado acude nuevamente a su abogado quien inmediatamente plantea una acción reivindicatoria contra "X", quien, a su vez, reconviene pidiendo se declare la prescripción a su favor. "F" es derrotado en el juicio.

b) "A" es propietario de un inmueble que en el año 1950 vende a "B". "B", habiendo inscrito su derecho vende en el año 1970 el inmueble a "C" quien entra en posesión del bien pero no inscribe su adquisición. Entonces "B" aprovechando esta situación vende el mismo bien a "D" quien ni entra en posesión ni inscribe su derecho. "E" quiere adquirir el inmueble de "D" en 1987 en base a una escritura pública en la que consta su derecho y para ello acude al abogado quien hace el respectivo estudio de títulos y emite una opinión positiva. Sin embargo "D" no pudo derrotar a "C" ya que su derecho se encontraba amparado tanto por el artículo 1135 del Código, como por el hecho de que de todas maneras hubiese adquirido por la prescripción corta por haber poseído de buena fe por 10 años.

Estos ejemplos son solo una pequeña muestra de la inmensa gama de situaciones o variables de las mismas que podemos imaginar y que nos demuestran que existe una deficiencia en los estudios de títulos que se hicieron. Ni siquiera la posesión actual del transferente sería una garantía absoluta, porque podría estar poseyendo por un título distinto al que indique la secuencia de transferencias realizadas. Si bien los ejemplos posibles pueden aparecer como sumamente improbables, no podemos confundir improbabilidad con imposibilidad, y en este sentido la posibilidad va de la mano del riesgo.

4. TÍTULO DE PROPIEDAD Y POSESION

Una primera distinción importante es, entre éstos, los derechos de propiedad y posesión. Se conoce como título de propiedad al hecho adquisitivo válido en que se ampara el derecho de propiedad, de ordinario un acto jurídico o los efectos de la sucesión "mortis causa". Debe entenderse que no todo título transmite propiedad: en ocasiones quien aparece como transferente carece de la facultad por no ser propietario, sin que este hecho convierta al título en inválido.

De otro lado, lo común es que el efecto del título al transferir la propiedad sea el de transmitir la posesión, pero esto tampoco es cierto en todos los casos. La realidad suele presentarnos a la propiedad unida a la posesión, sin que ello signifique que se trate de una verdad absoluta, pues ambas no son inseparables, tan es así que el sistema jurídico admite la posibilidad que quien ejerza posesión sin ser propietario pueda en

un período de tiempo ganar la propiedad. Por ello debemos entender que se gana por prescripción un bien cuando este efectivamente se posee y no cuando se tiene una cadena de títulos de propiedad válidos.

Como vimos, de no existir la prescripción la prueba de la propiedad sería “diabólica”. La cadena sería interminable y “saltaríamos” de un título a otro sin llegar nunca al final. No debe entenderse con ello que la prescripción acorta el mismo camino, sino que plantea un camino distinto y paralelo al anterior, pero que goza de la ventaja de un límite temporal fijado por la ley. Los caminos son distintos porque mientras el primero se construye sobre propiedad, el segundo se construye sobre posesión, es decir sobre un hecho y no sobre un derecho. Estos caminos suelen estar levantados sobre un mismo terreno en la misma dirección pero podrían ir por lugares diferentes, como en el caso de los ejemplos anteriormente citados. En estos casos los estudios de títulos realizados resultaron insuficientes.

El sistema jurídico tuvo que acudir a la posesión para resolver el problema de la prueba de la propiedad, a mi entender por dos razones:

a) De ordinario, en la gran mayoría de los casos el poseedor es el propietario y por regla general, al proteger al primero se está protegiendo al segundo y solo por excepción se le está perjudicando. De acá se genera el efecto publicitario de la posesión recogido a manera de presunción en el artículo 912 del Código Civil. El hecho ordinario es recogido como una forma de dar la imagen de la propiedad.

b) La propiedad es un derecho que teniendo un solo titular (sea una persona o un grupo de copropietarios) puede ser pretendida por varios distintos en un mismo instante en el tiempo. Por lo contrario, la posesión es ante todo un hecho que implica para su realización de una inmediatez física—espacial o jurídica al bien que hace casi imposible que dos personas posean al mismo tiempo sin advertirlo, lo que evitaría que dos puedan adquirir por prescripción, salvo el caso de la coposesión.

5. EL INFORME SOBRE PROPIEDAD

Para informar sobre la validez o no de un alegado derecho de propiedad el abogado deberá manejar en primer término los conceptos de posesión y prescripción con los alcances e implicancias que se señalan en el rubro primero del presente trabajo. Pero esto no implica que los estudios de títulos se dejen de lado, pues como veremos al analizar las posibles situaciones que pudieran presentarse un elemento importantísimo está constituido por títulos para poseer.

Si quien argulle propiedad tiene un título propio anterior a los 30 o 10 años según el caso, bastará estudiar su entrada en posesión sin interesar para nada la validez del mismo, pues ésta está convalidada por

el simple transcurso del tiempo. La entrada en posesión deberá ser cotejada con la existencia de la posesión actual del bien que permitirá la aplicación de la presunción de continuidad del artículo 915 del Código Civil. Romper la presunción será sumamente difícil, y esta dificultad aumentará conforme se pueda probar posesión en otros momentos intermedios. El informe podrá no llegar a ser nunca absolutamente inatacable, pero corresponde al abogado reducir dicha posibilidad casi hasta el absurdo.

El asunto tomará mayor complejidad en el caso de existir transmisiones de posesión que hagan necesaria la aplicación de la suma de posesiones contemplada en el artículo 898 del Código Civil. Esta norma señala que “El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien”.

Una primera cuestión será esclarecer qué se entiende por transmisión válida. Este término suele interpretarse como la necesidad de la existencia de un título válido para transmitir propiedad. Esta posición parte del errado concepto que lleva a confundir título de propiedad con posesión, lo que nos llevaría a aplicaciones cuestionables de la norma.

A mi entender la “transmisión válida” debe ser considerada como la tradición causada en un título válido, que no necesariamente será transmisivo potencialmente de propiedad. Los fundamentos de esta afirmación son a mi entender dos.

a) La transmisión contemplada en el artículo 898 es de posesión, no de propiedad. Si bien es cierto que la propiedad inmueble se transfiere por el mero consentimiento, con la posesión no pasa lo mismo. El artículo 900 señala claramente que la posesión se adquiere por tradición, salvo los casos de adquisición originaria, de lo que podemos concluir que se transfiere también por tradición. Ello no quiere decir que no sea importante estudiar el título pues la tradición no es otra cosa que el cumplimiento de una obligación preexistente, es un acto debido, como claramente se desprende del artículo 901. Así la tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien deba recibirlo, es decir al acreedor del transferente. Pero apreciamos que el simple estudio de los títulos resulta de por sí insuficiente. De un lado, su existencia no prueba que la tradición efectivamente se produjo, y por el otro, podría suceder que la desposesión del deudor no sea producto de una tradición sino de la usurpación por parte del acreedor, en cuyo caso la tradición, no se produjo, pues la ley ni el derecho autorizan a este para que se haga justicia por su propia mano. En refuerzo de este argumento por el cual la posesión se transfiere solo por tradición estaría la última parte del 898 que señala que se puede sumar el plazo posesorio de “... aquel que transmitió válidamente el bien”. El consenso transfiere, valga la reiterancia, propiedad, pero no transfiere el bien, pues este puede quedar en poder del deudor. No es lo mismo transferir el derecho que el objeto del mismo, y en Derecho, de acuerdo con el

sistema contemplado por el Código para los inmuebles, sucede en dos momentos diferentes.

En contra de este primer argumento se puede sostener que es irrelevante la distinción que se hace entre título y posesión en virtud de que la existencia del título implica el ejercicio de hecho de uno de los atributos de la propiedad, por lo que la transferencia, sobre todo en el caso de contratos que tengan por objeto transmitir dominio, constituye un hecho posesorio. Acá creo que vale la pena hacer una distinción bastante sutil entre la facultad de disposición como atributo de la propiedad y como un ejercicio de hecho. La interpretación del artículo 896, que define la posesión como el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes de la propiedad se debe llevar a cabo con sumo cuidado. Lo que la norma pretende decirnos es que es poseedor quien se comporta frente al bien como propietario, sea por que lo es en realidad, por que este le cedió ese derecho de comportamiento (un arrendamiento) o simplemente porque así lo hace de facto (el usurpador o el poseedor de buena fe). No creo que del texto del artículo 896 se logre desprender que si veinte personas deciden celebrar compraventas sobre un bien del que no son propietarias, y efectivamente lo hacen, ese simple hecho los convierte a todos en poseedores. Como ya vimos posesión implica inmediatez física-espacial o jurídica respecto del bien, una relación directa que genera la publicidad del dominio. En este sentido quien se comporta como propietario debe disponer como propietario si pretende que este hecho sea posesión.

Para que la disposición pueda ser interpretada como ejercicio de hecho no basta la simple celebración de un acto jurídico, con efectos obligacionales sino que requiere adicionalmente de disposición posesoria. El acto jurídico obligatorio solo no tiene ese elemento de relación directa que hasta un lego en derecho intuye en el término posesión. El ejercicio de hecho de la facultad de disposición implica desposesión voluntaria, sea esta física o jurídica, pues en el acto jurídico lo único que publicita propiedad es la palabra de quien dispone, o en el mejor de los casos el registro, que constituye una forma de publicidad diferente. En síntesis, el ejercicio de hecho de una de las facultades que concede la propiedad, en este caso la de disposición, no pueden desvincularse del público comportamiento en relación física o jurídica directa con el bien, y en este sentido disponer implica no solo extraer de la esfera jurídica patrimonial el derecho de propiedad, sino también de los derechos que la misma posesión genera como relación jurídico-material, es decir como hecho en si mismo que de la apariencia de propietario. Mientras esto no suceda, en estricto no se ha dispuesto del bien pues sobre él se siguen conservando derechos.

Sin embargo, en el supuesto negado de que considerásemos los títulos de transferencia hechos posesorios, esta situación tampoco permitiría la defensa efectiva de la propiedad. El título tiene ubicación

temporal pero no duración. Es solo un instante en el sentido más estricto de la palabra, un punto en el tiempo, no un lapso. Por lo tanto la posesión basada exclusivamente en actos de disposición constituiría una no continua, faltándole por tanto uno de los elementos fundamentales exigidos por el artículo 950, y haciéndola inefectiva para adquirir por prescripción. Si bien se puede argumentar que uno puede hacer uso de la presunción de continuidad, esta podrá ser rota por la prueba de posesión de quien efectivamente haya estado en relación directa con el bien.

b) Un segundo aspecto es, que, si bien no negamos el análisis del título como un requisito necesario pero no suficiente, debemos ver que naturaleza debe tener este. De ordinario se sostiene que necesariamente tiene que ser un título que potencialmente pudiese transmitir propiedad si el transferente efectivamente fuese propietario. Esto a mi entender no es estrictamente necesario.

En primer lugar, si bien el artículo 898 nos es de utilidad para el caso de la prescripción, su alcance no es exclusivo de este campo. Se pueden sumar posesiones para efectos distintos como sería el caso de la defensa posesoria (léase interdictos) en cuyo caso no será necesario, como resulta obvio, que la tradición se efectúe en virtud de un título que transfiera propiedad. El efecto de la transmisión de posesión entre dos inmediatos resulta intracendente para efectos de la prescripción no por que no puedan sumar posesiones, sino por que no poseen como propietarios.

Sin embargo, es sostenible la existencia de un contrato en que se transfiera posesión plena e incluso una posesión mediata, sin transferir o pretender transferir propiedad. El usurpador que ha poseído por un período de tiempo determinado celebra un contrato con otra persona para cederle de forma gratuita u onerosa la posesión que ha venido ejerciendo. El adquirente conoce plenamente la situación del transferente y así se hace constar en el contrato, pero la acepta pues le servirá para adicionar el plazo posesorio anterior. Así, si la ley ampara al usurpador se hará lo mismo con quien continúa poseyendo en virtud de una transferencia de posesión. En conclusión: deberá considerarse título válido a aquel capaz de transmitir posesión plena o mediata, que es el caso de los títulos que transfieren propiedad de ordinario, pero esta categoría no establece un "monopolio" al respecto.

A manera de conclusión podemos afirmar que para informar sobre la propiedad deberá analizarse la posesión efectiva mediante la existencia de tradiciones fundadas en títulos válidos, valiéndonos de todos los instrumentos analizados en este trabajo, muy especialmente la suma de posesiones y la presunción de continuidad. Es cierto que probablemente con un fenómeno tan complejo y especial como la posesión en juego, nunca podamos informar sobre la propiedad afirmando que ésta es inatacable, pero si sobre el nivel probabilístico del riesgo que pudiera asumirse.

La transacción extrajudicial y Procedencia del recurso de nulidad contra el auto confirmatorio que deniega la ejecución

La permanente y muchas veces cómoda costumbre de formular planteamientos jurídicos a partir de la interpretación de la norma, genera —entre muchas graves consecuencias— una suerte de inmovilismo en el Derecho, que cada vez es menos instrumento de cambio social, en la medida en que —en forma inversamente proporcional— es cada vez más medio de control.

Esta visión de la función estática del derecho es un rezago del predominio "legislativo", como postulado de la Revolución Francesa. Una revolución burguesa, como sabemos. La frase de un profesor de Derecho de aquella época (Buguet): "Yo no enseñé Derecho Civil, yo enseñé el Código de Napoleón", grafica ese estado de ánimo. Esta concepción del Derecho, conocida históricamente como la "Escuela de la Exégesis", acabó vencida hace más de un siglo por su propia incapacidad de crear y de adecuarse a una realidad dinámica.

A la fecha, los estudios de Derecho Privado en el Perú parecen desconocer que la corriente exegética es un dato histórico. En nuestra opinión, los citados estudios (los de Derecho Privado) se mantienen en los cánones tradicionales porque responden, con tal conducta, a los intereses del sistema social imperante. En otras palabras, un estudio exegético propugna el conservadorismo, la mantención de un estado

social, económico y político que mayoritariamente recusamos, aún cuando, con su actividad científica, muchos guardan bien que se mantenga.

Una alternativa para superar la corriente exegética es el estudio crítico de la jurisprudencia. Si el Derecho es una ciencia social, bien vale detenerse en lo que los órganos jurisdiccionales están entendiendo "dice" la ley, antes que, exclusivamente, en las fórmulas teóricas de interpretación. El primer supuesto tiene un inmediato correlato con la función social que —al momento actual— esté cumpliendo el Derecho. El segundo, es el enmajeamiento de hipótesis de aplicación de la norma, óptimas para una evaluación universitaria aunque menesterosas en su aporte social.

A continuación, presentamos el estudio de un caso jurisprudencial reciente (1987), en donde se puede observar las consecuencias de una formación exegética en los encargados de administrar justicia. Entre la tendencia a mantener un estado de cosas y la tendencia a innovar, la exégesis genera, aún en el órgano jurisdiccional, un estado de conciencia estático. Se podrá defender esta concepción del Derecho diciendo que privilegia la seguridad jurídica, sin embargo, la verdad siempre nos traerá una versión distinta: se trata que el Derecho no altere el orden social, aún más, se trata que lo mantenga.

Documento de Reconocimiento de Deuda

Conste por el presente documento, el acuerdo al que llegan don José María Serra y del otro, don Javier Lizaraburu Gómez; en los términos y condiciones siguientes:

PRIMERO: El señor Javier Lizaraburu Gómez, en adelante **el deudor**, reconoce deber al señor José María Serra, en adelante **el acreedor**, la suma de \$ 4,500.00 (Cuatro Mil Quinientos Dólares Americanos) y la suma de I/. 8,000.00 (Ocho Mil Intis).

SEGUNDO: **El deudor**, se compromete pagar **al acreedor**, la suma citada en la cláusula primera en 49 (cuarenti-nueve) cuotas mensuales, que se empezarán a devengar desde el 30 de mayo de 1986.

TERCERO: Las primeras cuatro cuotas mensuales serán de I/. 2,000.00 (Dos Mil Intis) y cubrirán la deuda en moneda nacional. Las siguientes cuarenticinco cuotas serán de \$ 100.00 (Cien Dólares Americanos) y cubrirán la deuda en dicha moneda.

CUARTO: El plazo para el pago de cada cuota, vencerá indefectiblemente al octavo día calendario contado desde la fecha en que fue exigible.

QUINTO: El incumplimiento en el pago de una de las cuotas en la fecha prevista en la cláusula anterior, determinará el vencimiento automático de toda la deuda pendiente. La presente cláusula de aceleración determinará el derecho del **acreedor** de exigir judicialmente el íntegro de la deuda, intereses y costas.

SEXTO: La deuda en dólar americano, generará un interés equivalente al 10.50% anual al rebatir. Dicha suma será pagada por el deudor adicionalmente a cada una de las cuarenticinco cuotas en que asume su deuda en dicha moneda.

SETIMO: Habiéndose las partes realizado concesiones recíprocas respecto de sus derechos, el presente reconocimiento de deuda tiene la eficacia jurídica de una transacción extra-judicial y se rige por lo dispuesto en los arts. 1302o. y siguientes del Código Civil.

OCTAVO: Las partes acuerdan que la deuda en intis no generará intereses. Sin embargo, la deuda en dólares generará el interés convenido desde el 30 de agosto de 1986, debiendo producirse su primera amortización el 30 de setiembre de 1986, junto con el primer pago de capital en moneda americana y así sucesivamente. Encontrándose las partes de acuerdo a los extremos del presente documento, lo firman por duplicado a los seis días del mes de abril de mil novecientos ochentiseis”.

Señor Juez del Tercer Juzgado en lo Civil de Lima:

José María Serra Gracias de conformidad con lo dispuesto por el inciso 10) del art. 2o. del D.L. No. 20236 y los arts. 1302o., 1303o., 1304o. y especialmente el 1312o. del Código Civil, interpongo demanda en la vía ejecutiva contra don Javier Lizarzaburu Gómez a fin de que cumpla con pagarme la suma de US\$ 4,500.00 (Cuatro Mil Quinientos Dólares Americanos) que sólo para efectos de la cuantía asciende a la suma de I/. 62,910.00 (Sesentidós Mil Novecientos Diez Intis), y, la suma de I/. 8,000.00 (Ocho Mil Intis), más los intereses pactados y las costas procesales y personales. Fundamento la presente demanda en el hecho de que con fecha 7 de abril de 1986, el ejecutado celebró conjuntamente con el suscrito un acuerdo, mediante el cual se ponía término a obligaciones dinerarias por parte del ejecutado. Dicha transacción consistió en que el ejecutado reconoció y se comprometió a pagar la suma materia de la presente demanda, cuyo monto se encuentra detallado en la Cláusula Primera del mencionado documento. En tanto que me obligué a dividir la mencionada suma en 49 cuotas mensuales que empezarían a devengarse el 30 de mayo de 1986, conforme a la Cláusula Segunda de la referida transacción. Por otro lado, la deuda en moneda nacional se pagaría en las 4 primeras cuotas en armadas de I/. 2,000.00 cada una. Asimismo, se transigió que las 45 cuotas restantes ascenderían cada una a la suma de US\$ 100.00 cuyo monto cubriría el importe total de la deuda en dicha moneda extranjera. Lo expresado se encuentra detallado en la Cláusula Tercera del mencionado documento. Asimismo, se convino con el ejecutado, que el plazo para el pago de cada cuota vencería indefectiblemente el octavo día calendario contado desde la fecha en que era exigible. En la Cláusula Quinta se estableció que el incumplimiento en el pago de una de las cuotas determinaría el vencimiento automático de toda la deuda pendiente. Es así señor Juez, que el ejecutado ha incumplido en todos sus extremos la transacción celebrada y, no habiendo honrado ninguna de las cuotas acordadas, cumplo con recaudar la transacción extrajudicial al presente escrito de demanda, para dejarla expedita. Por tanto: Al Juzgado Pido: Se sirva expedir el correspondiente Auto de Pago requiriendo al ejecutado la cancelación de la deuda, bajo apercibimiento de embargo. Lima, 15 de octubre de 1986.

Resolución de Primera Instancia

Lima, veintitrés de octubre de mil novecientos ochentiseis. Por presentada; en lo principal y otrosíes: atendiendo que el documento de reconocimiento de deuda que se acompaña: por ser de carácter privado, no dá mérito a despachar ejecución, por tanto no resulta exigible la obligación conforme a lo señalado en el artículo trece

Resolución de la Quinta Sala Civil

del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis; se declara **INADMISIBLE** la ejecución que se pretende y, devuélvase los recaudos adjuntos.-- Dr. Néstor Pomareda.-- Juez.-- Jaime Ormeño.-- Secretario.-- Lo que notifico a usted.-- Lima, 29 de octubre de 1986.

Exp. 3185-86.-- Lima, diecisiete de febrero de mil novecientos ochentisiete. -- **AUTOS Y VISTOS:** e interviniendo como ponente el señor Vega Maguiña; por los fundamentos de la resolución recurrida; y **CONSIDERANDO** además: que el instrumento de fojas dos, denominado de reconocimiento de deuda, no es sino un documento privado; que no obstante que en la parte final del mismo los otorgantes le dan la calificación de “transacción extra-judicial” y que el artículo mil trescientos cuatro del Código Civil sólo requiere que la transacción se haga por escrito, esta disposición no ha modificado el artículo segundo del Decreto Ley veinte mil doscientos treintiseis, de suerte que dicho documento privado no tiene mérito ejecutivo: **CONFIRMARON** el auto de fojas seis vuelta, su fecha veintitrés de octubre último, que declara **INADMISIBLE** la ejecución que se pretende; y los devolvieron.-- Tello Solís, Landa Zapater, Vega Maguiña.

Resolución de la Quinta Sala Civil

Exp. 3185-86.-- Lima, seis de marzo de mil novecientos ochentisiete. A lo principal y otrosí: Con los recibos de tasa judicial que se acompañan y estando a lo dispuesto en el artículo veinte del decreto ley veinte mil doscientos treintiseis; Declararon improcedente el Recurso de Nulidad que se interpone, y en consecuencia devuélvase los autos al Juzgado de origen.-- Tres rubricas de los señores Vocales.-- Secretario Bereche.

Resolución Suprema (Primera Sala Civil)

QUEJA No. 105-87.-- Lima, trece de mayo de mil novecientos ochentisiete. **VISTOS;** por los fundamentos del denegatorio que en fotocopia corre a fojas diez: declararon **INFUNDADA** la queja interpuesta por don José

María Serra Gracias contra la Quinta Sala de la Corte Superior de Lima; en los seguidos con don Javier Lizarzaburu Gómez, sobre pago de intis; condenaron en las costas del recurso y en la multa de diez céntimos de inti a la parte que lo interpuso; mandaron transcribir la presente resolución al Tribunal quejado; archivándose donde corresponda. Rodríguez Montoya, Portugal Rendón, Méndez Osborn, Valladares Ayarza y Peralta Rosas.

1. CUESTIONES JURIDICAS SALTANTES EN EL CASO JURISPRUDENCIAL ANALIZADO

a) Cuestión de Derecho Municipal:

¿El tratamiento sustantivo y procesal de la transacción extrajudicial ha variado en el Código Civil de 1984, respecto del derogado?

b) Cuestión de Derecho Procesal:

¿El auto expedido por una Corte Superior (segunda instancia) confirmando el de primera instancia que deniega ejecución, es susceptible de recurso de nulidad?

2. RESPUESTAS DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES A LAS CUESTIONES JURIDICAS PLANTEADAS

a) Sobre la cuestión de Derecho Material:

El Juzgado de Primera Instancia declaró inadmisibles la ejecución porque el documento acompañado era **privado**. Sustentó su decisión en el art. 13o. del Decreto Ley No. 20236.

La Corte Superior confirmó la decisión anterior por los mismos fundamentos, aún cuando agregó otro. Expresó que el art. 1304o. del Código Civil de 1984, no había modificado el art. 2o. del Decreto Ley No. 20236.

b) Sobre la cuestión de Derecho Procesal:

La Corte Superior denegó el recurso de nulidad deducido contra el auto confirmatorio expedido por ella. Sustentó su denegatoria en el art. 20o. del Decreto Ley No. 20236.

Interpuesto recurso de queja, la Corte Suprema la declaró infundada, sin agregar ni citar sustento a su decisión.

3. COMENTARIO A LAS DECISIONES JUDICIALES RESPECTO DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

a) Sobre la cuestión de Derecho Material

(1) El Código Civil en 1936 en materia de transacción extrajudicial.

ca (art. 1308o.). No tenía referencia alguna en materia de ejecución de la transacción, sin embargo, es posible afirmar que la actividad judicial en la materia determinó que la transacción judicial se ejecutaría otorgándole a la transacción el equivalente de una sentencia y la transacción extrajudicial —al estar contenida en un instrumento público— determinaba el inicio de una demanda ejecutiva.

(2) El Código Civil en 1984 en materia de transacción extrajudicial.

El Código vigente dispone en materia de formali-

dad habilitante que la transacción deba constar **por escrito** o por petición ante el Juez que conoce del litigio. Esto significa que en materia de formalidad, la transacción extrajudicial sólo requiere para tener existencia y eficacia jurídica: **constar por escrito**. Por otro lado, en materia de ejecución de la transacción, el Código vigente dispone que la judicial se hará como si fuera una sentencia y, respecto de la extrajudicial, manifiesta que se hará **en la vía ejecutiva** (art. 1312o.).

(3) Crítica al autor denegatorio de ejecución de Primera Instancia.

Descontada la plena vigencia del Código de 1984 para el caso en mención, y, advirtiendo los términos del documento que se recaudó a la demanda ejecutiva, queda evidente que un documento privado que contiene —por expresa decisión de las partes— una transacción extrajudicial, **tiene mérito ejecutivo**.

Cuando el juez de Primera Instancia reclama que el documento sólo tiene la calidad de **privado** está aplicando al caso sometido a su decisión, una norma y una interpretación perteneciente al Código derogado. Casi nos atreveríamos a decir que el juzgador actuó por inercia (“siempre he resuelto así, ¿por qué debo cambiar mi decisión ahora?”). El culto a la ley tradicional fue más fuerte que su obligatoria responsabilidad de estudiar y aplicar la ley que correspondía al caso, sin perjuicio que ésta ya había sido incorporada a su conocimiento, como se aprecia de la lectura de la demanda.

Por lo demás, la cita al art. 13o. del Decreto Ley No. 20236 es originada en la imperiosa necesidad de sentirse protegido por la ley (otra vez, la ley como instrumento mítico de solución de los conflictos).

Si el juez hubiera buscado en la racionalidad de las normas que se citaron en la demanda, el propósito del legislador y el objeto de la norma jurídica antes que la “seguridad de la ley conocida”, otra hubiera sido su decisión.

(4) Crítica al auto confirmatorio del denegatorio de ejecución expedido por la Corte Superior.

Si bien es la ratificación de lo de primera instancia, interesa analizar el agregado porque denota —esta vez en tres jueces— el mismo defecto de buscar la protección de la ley conocida, antes que el análisis creador y fecundo.

La Corte afirma que el art. 1304o. del Código vigente no ha modificado el art. 2o. del Decreto Ley No. 20236. La afirmación a nuestro entender es **impecable**, en efecto, una norma no ha modificado a la

otra. Lo lamentable es que la Corte no ha sabido que hacer con una conclusión correcta, por lo que termina utilizándola para "sustentar" una decisión distinta y equivocada.

El Código vigente no ha modificado el art. 2o. del Decreto Ley No. 20236 para otorgarle mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial, **simplemente porque no era necesario**. El inciso 10) del citado art. 2o. dispone: "Son títulos que aparejan ejecución: . . . 10) **Cualquier otro título al que la ley da fuerza ejecutiva**". En consecuencia, el art. 1304o. del Código vigente, como bien dice la Corte, no modifica el art. 2o. citado, así como tampoco lo hace el art. 1312o. que dispone la ejecución en vía ejecutiva (pleonismo en que incurre la misma norma), al contrario, el código, en estricto, ha enriquecido el art. 2o. al incorporar un nuevo supuesto de documento con mérito ejecutivo. Posibilidad legislativa que, por lo demás, se encuentra abierta sin que se necesite modificar la norma, tal vez, como lo quiso el legislador del Decreto Ley No. 20236.

b) Sobre la cuestión de Derecho Procesal

(1) Antecedentes al art. 20o. del Decreto Ley No. 20236.

El art. 607o. del Código de Procedimientos Civiles disponía: "Contra el auto que deniega la ejecución, proceden los recursos de reposición y apelación, sin dar audiencia al demandado.

La apelación será admitida en ambos efectos, y se remitirán los autos a la Corte Superior, con sólo la citación del demandante. Hay recurso de nulidad si se confirma el auto de primera instancia y lo permite la cuantía de la demanda". Como se aprecia, la norma anterior contempla en su último párrafo expresamente la concesión del recurso de nulidad en caso de denegatoria de ejecución.

(2) Racionalidad del art. 20o. del Decreto Ley No. 20236.

Con la vigencia de una nueva norma procesal reemplazante de la derogada, se presenta dos alternativas: o la norma mantiene su racionalidad o asume una posición distinta, **respecto del tema específico**. Tratándose de normas procesales (en consecuencia, normas de conducta al interior de un proceso), se aplica al tercio excluido.

La norma vigente se coloca en supuestos distintos a la norma anterior. Así, la derogada **no concedía recurso alguno contra el auto de pago** (el que admite ejecución), la actual sí.

Esta es la razón por la que la norma vigente se coloca en un supuesto totalmente extraño al de la derogada: que la Corte Superior confirme el auto de pago. En este caso, la vigente dispone que **no se concede recurso de nulidad**. Sin embargo, sí concede el recurso cuando apelado el auto de pago, la Corte Superior **lo revoca**, ¿por qué la norma concede recurso de nulidad en este caso? Concede el recurso de nu-

lidad porque la norma vigente NO rompe con la derogada en materia de racionalidad. Si la anterior concedía **todos los recursos posibles cuando se denegaba ejecución**, la vigente también hace lo mismo. Lo que ocurre es que la vigente regula ésta situación de manera más compleja, ya que incorpora el supuesto de la concesión del recurso de apelación contra el auto de pago, que no se encontraba en la derogada. Sin embargo, tal hecho no basta para considerar que la racionalidad de la norma derogada se **mantiene** en la vigente en materia de denegatoria de ejecución.

(3) Posición de la Corte Superior respecto de la cuestión procesal.

Más que una interpretación equivocada del art. 20o. del Decreto Ley No. 20236, la Corte ha efectuado una lectura defectuosa de dicha norma. Sin necesidad de recurrir a antecedentes legislativos, sólo buscando en la racionalidad de la norma, hubiera encontrado su verdadero sentido. Ciertamente tal acto importaba un esfuerzo creativo que la judicatura no siempre está dispuesta a realizar, tal vez sin darse cuenta que en tal acto se encuentra la posibilidad de recuperar su rol social, a la fecha deteriorado.

c) Conclusiones

(1) Sin perjuicio de forzar el significado del concepto, opinamos que una ley sustantiva o material (una norma civil, por ejemplo), muere casi a poco de haber sido creada. Toda la actividad jurígena que esta produzca con posterioridad a su vigencia, depende fundamentalmente del herramentero que la utilice y, socialmente, de que le encuentre nuevas fórmulas de aplicación. Su función terminará cuando todas esas fórmulas conduzcan a contradicciones con la realidad y el objeto del derecho. Entonces será necesario una nueva norma que, cíclicamente, morirá al nacer, pero tendrá todos los efectos jurídicos que los técnicos en derecho le arranquen a partir de su función social y de su aplicación real (jurisprudencia).

(2) Desde esta perspectiva, resulta indispensable reducir los estudios exegéticos (que no por antiguos dejan de ser útiles) a un rol de complementación de los estudios jurídicos en donde la jurisprudencia sea el punto de partida de los estudios doctrinales que, una vez fecundados, se traduzcan en normas que concreten el valor Justicia, razón de ser del derecho.

(3) Esta nueva perspectiva permitirá contar con jueces que se sacudan de su equivocada autoconcepción de "aplicadores de la ley", y pasen a convertirse en creadores de derecho, en auténticos forjadores de un derecho actual, vivo, dinámico, que quiere y busca una respuesta justa a un conflicto de intereses. Es decir, en un fallo que tal vez no esté escrupulosamente "arreglado a derecho", pero sí a justicia.

Juan Monroy Gálvez

Catedrático de Derecho Procesal Civil en la Universidad San Martín de Porres.

Fundamentos doctrinarios de la extradición

Renato Valdivia Aliaga

(Tesis de Bachiller sustentada en diciembre de 1986 ante los Dres. Francisco Eguiguren, Marcial Rubio y Miguel de Althaus. Sobresaliente).

La tesis aborda el tema de la extradición, combinando el análisis exegético de la legislación peruana (y del proyecto de ley en actual trámite) con el campo de los tratados y los aspectos históricos de la institución.

Parte de definir a la extradición como "una acción internacional ejercida por un Estado, destinada a solicitar o entregar a otro Estado, un individuo delincuente para su juzgamiento o para el cumplimiento de una condena". (p. 4). Asume que contiene dos elementos esenciales en su fundamento: la instauración de la justicia y la persecución del delito (como acto transgresor de la norma y la paz social), ensamblados con la reafirmación del principio de cooperación internacional.

Hace luego una revisión de la historia de la extradición, sometiendo a crítica las opiniones que afirman su origen en la antigüedad. Para el autor, "los primeros que plantearon principios doctrinarios acerca de este importante instituto fueron pensadores como Bodin, Budero, Cocejo y, particularmente, Grocio en su obra "De Juri Belli ac Pacis", quienes sostuvieron que el Estado que deniega la entrega de un delincuente se hace cómplice de su acción delictiva", (p. 89). Concluye esta parte señalando que, en su concepto, los antecedentes propiamente dichos de la aparición de la figura de la Extradición, se hallan en los siglos XVIII y XIX.

La tesis aborda el estudio de diversas fuentes documentales, escasamente utilizadas en nuestro medio, y cuenta con un apéndice en el que consta lo siguiente: lista de Convenios Bilaterales vigentes sobre la extradición; lista de convenios multilaterales sobre el mismo tema; texto del Tratado de Extradición entre Perú y España (denunciado por el Perú); y, texto del tratado de extradición entre Chile y el Perú.

El contenido de la tesis, y las fuentes que suministra, la hacen un trabajo indispensable para quienes se hallan interesados en el tema de la Extradición desde el punto de vista jurídico. (Marcial Rubio Correa).

El carácter social del contrato en el Código Civil de 1984

Cosme Nalvarte Ruiz

(Tesis de Bachiller sustentada en julio de 1986 ante los Drs. Manuel de la Puente, Jorge Muñiz y Humberto Jara. Sobresaliente).

Una de las buenas costumbres del quehacer académico es el elogio merecido al esfuerzo intelectual. En el caso de la Tesis del Bachiller Cosme Nalvarte Ruiz el ejercicio de esa costumbre se hace imprescindible. Por varias razones su investigación merece un cálido elogio.

Un primer aspecto que asoma de inmediato es la amplitud del trabajo. No por el número de sus páginas que alcanzan a 352, sino por la revisión de diversos temas que van desde la ubicación del contrato en la ciencia del Derecho hasta las instituciones contractuales correctivas de la desigualdad (contrato por adhesión, cláusulas generales de contratación, excesiva onerosidad de la prestación y la lesión) pasando por la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad del Contrato en el Código Civil de 1984. Abordar esa variedad de temas y dedicarse a investigar con rigor y acierto cada una de las figuras mencionadas, demuestra una férrea voluntad de investigador que no le huye al esfuerzo.

La lectura de la tesis permite afirmar que los argumentos que se plantean a lo largo de ella se sostienen en dos elementos sustanciales: una amplitud de lecturas sólidas y una reflexión interesante.

El autor parte de una premisa fundamental: el contrato es una estructura que procura la satisfacción de las necesidades sociales. Desde que el hombre se organiza en comunidades —por muy primitivas que éstas sean— existe la necesidad de conciliar el interés individual con el interés colectivo. El instrumento para tal finalidad, sostiene el autor, es el contrato. Pero no el contrato entendido así en forma tan genérica, tan simplista, sino que ese contrato va unido o responde a una filosofía determinada. El pensamiento que guía a una sociedad en un momento histórico determinado es el que influye o determina la concepción contractual. Así, sostiene Nalvarte, la doctrina liberal, por ejemplo, es la que ha sido la más en-

fática en marcar las pautas que han influenciado enormemente en las reglas de los contratos y, por ende, en la contratación. Lo cual es cierto. El respeto a la palabra empeñada, la necesidad de un sistema social estable, la irrestricta libertad de las partes contratantes y el rechazo a cualquier intervención del Estado o si se quiere más que intervención, intromisión del Estado, han sido los pilares en base a los cuales se estableció todo un orden que marcó las rutas de las relaciones sociales, económicas y, por cierto, jurídicas.

El famoso principio liberal del "Laissez faire, Laissez passer" ha sido inocultablemente la causa eficiente de la reglamentación contractual contenida en la mayoría, sino la totalidad, de los Códigos Civiles Occidentales. La formulación liberal es impugnada por el autor originando así un mérito notorio de su Tesis: discutir, atacar una larga y arraigada tradición por considerar que los principios liberales son en la actualidad ineficientes para resolver situaciones de injusticia.

Ahora bien, no basta, como es obvio, vislumbrar el problema, importa más bien y sobremedida postular una solución, la misma que, en opinión del autor, debe tener en cuenta dos aspectos de suma importancia: una serena reflexión del legislador respecto a las normas que debe incorporar al sistema jurídico — positivo y una definida opción acerca de la filosofía a seguir.

Para Nalvarte "es innegable que hoy en día, existe una tendencia hacia la socialización del contrato, sea en lo que atañe a los contratos más modestos como a los más complejos. El fenómeno de la socialización del contrato es una tendencia que se manifiesta en una activa intervención del Estado que busca que el Derecho sea un instrumento de paz y que constituye el mejor método posible de autocomposición de intereses distintos". Basado en esta constatación postula la tesis de que el nuevo Código Civil peruano ha consagrado en sus reglas contractuales la función social del contrato.

El argumento tiene un énfasis discutible porque no se puede afirmar, lamentablemente, que nuestro Código Civil se haya adscrito claramente a una línea de pensamiento social. Ha tenido tantos autores parciales y tan heterogéneos y tan alejados de una preocupación ontológica que carece de un pensamiento y un postulado filosófico.

Sin embargo, el argumento de Nalvarte, discutible por lo enfático, en alguna medida es cierto, si se revisan las novedosas reglas contractuales incorporadas a nuestro Código. En ese aspecto el Código del 84 tiene una valiosísima cuota de modernidad que el Maestro Manuel de la Puente y Lavalle introdujo gracias a la actualidad de sus estudios, a la creatividad de sus reflexiones y a la amplitud de su pensamiento.

Para Cosme Nalvarte la función social del contrato aparece en el tratamiento exhaustivo de la autonomía de la voluntad, que si bien es respetada en sus dos manifestaciones de libertad contractual y libertad de contratar, es también simultáneamente limitada en atención al interés social. Asimismo, el concepto de orden público asoma con un énfasis imperativo mayor en aras de que la ley establezca un equilibrio contractual que quizá los contratantes no habrían llegado a establecer debido a su desigualdad patrimonial. Igualmente, los monopolios han recibido parámetros normativos a raíz de haberse legislado por vez primera el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación para lograr "la provisión de bienes y servicios bajo términos justos".

Hasta aquí el presente comentario podría sugerir que se trata de una Tesis de Teoría General del Derecho. No es verdad. Y no queremos dejar esa impresión. Sobre todo porque podría quedar oculto uno de los aspectos más interesantes de la investigación de Cosme Nalvarte. Si bien parte de una premisa que podría sugerir una especulación meramente Teórica, incluso con algún corte filosófico, no ingresa en ese terreno. Por el contrario,

su hipótesis es un telón de fondo, sobre el cual desarrolla un análisis detallado, a la luz de la doctrina y la ley, de las diversas instituciones ya mencionadas; de modo que se trata de un texto en el cual se puede encontrar un estudio sobre Contratos en una vertiente doctrina - positivista.

En líneas finales queremos decir que hemos resaltado los méritos de la investigación de Cosme Nalvarte Ruiz. Probablemente tenga deméritos como toda producción intelectual. Del conjunto de virtudes y defectos se encargarán quienes accedan a la lectura de la Tesis; lectura que esperamos haber motivado porque creemos, al igual que el Sr. Nalvarte, que "el paso de un estudiante de Derecho por una Universidad, debe tener en cuenta que las ciencias jurídicas no sólo son la preocupación por el aspecto técnico de la normatividad positiva, el Derecho es también una reflexión sobre los problemas sociales, una creación que trasciende".

Un comentario adicional. Si lo expuesto a lo largo de esta nota no llegase a convencer a una curiosa especie aparecida en los claustros universitarios y a la cual podríamos calificar como "los aficionados al argumento de autoridad", hacemos saber que en el Jurado existió unanimidad para otorgar el calificativo de sobresaliente. (Humberto Jara)

El contrato de locación de obra frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo

Wilfredo Sanguinetti

Tesis de Bachiller sustentada en diciembre de 1986 ante los Drs. Javier Neves, Manuel de la Puente y Mario Pasco. Sobresaliente.

Al publicarse el proyecto del nuevo Código Civil, se pudo conocer que contenía disposiciones reguladoras del contrato de trabajo (que en verdad se limitaban a definirlo y remitir su normación a la rama jurídica correspondiente), así como de otros contratos de presta-

ciones de servicios, tales como la locación de servicios y el contrato de obra.

A partir de entonces, se suscitó un debate entre los laboralistas, del que se extrajeron sustancialmente dos conclusiones: 1) que la inclusión del contrato de trabajo en el Código Civil era inapropiada, dada la incuestionable autonomía del área laboral respecto de la civil, y 2) que la fórmula genérica con que se había definido el contrato de locación de servicios, abría la posibilidad de utilidades fraudulentas de dicha figura para esconder verdaderos vínculos laborales. Como resultado de este debate, los autores de este proyecto eliminaron la mención al contrato de trabajo, pero no introdujeron ninguna precisión adicional que permitiera evitar el uso indebido del contrato de locación de servicios. El límite fundamental entre una y otra figura quedó fijado en el concepto de subordinación (poder de mando del empleador con el correlativo deber de obediencia del trabajador), que integra el contrato laboral pero no el civil, y no deja de ofrecer dificultades en su aplicación a la casuística. En todo caso, en el mencionado debate no se objetó la existencia misma del contrato de locación de servicios.

En el marco de estos hechos, Wilfredo Sanguinetti emprendió una rigurosa investigación que ha culminado en el trabajo que le ha servido para optar el bachillerato. Al término de su minucioso estudio ha podido comprobar la existencia de dos modelos en esta materia, denominados por él: 1) "modelo legislativo francés" y 2) "modelo doctrinario alemán". El primero, con antecedentes en el derecho romano, establece una identidad entre el contenido de la promesa de trabajo y el tipo de vínculo entre los sujetos, de modo tal que si se ofrece la actividad habrá siempre subordinación y si se ofrece un resultado habrá autonomía. El segundo, en cambio, admite una variante en esta regla: es posible que ofreciéndose la actividad haya sin embargo autonomía. Tal es el caso del llamado contrato de

servicios no dependientes. En el sistema francés, en consecuencia, hay sólo contratos de trabajo, de un lado, y de obra, del otro. En el alemán, además de éstos, hay un tercero denominado como hemos mencionado, situado como el de obra, también en el ámbito civil. Nuestro Código Civil vigente acoge este último modelo.

Wilfredo Sanguinetti no se ha limitado a indagar por el origen histórico de estas diversas figuras contractuales y su recepción por el derecho contemporáneo, particularmente por el nuestro, lo que de por sí hubiera constituido un aporte valioso de su trabajo, sino que con una fundamentación sumamente sólida ha cuestionado el modelo alemán y por ende el nuestro. Su estudio brinda importantísimos elementos para una extraordinaria clarificación de esta materia trascendental dentro del Derecho del Trabajo.

En cuanto a su metodología, la Tesis que comento está elaborada en una perspectiva fundamentalmente doctrinal, habiendo revisado detenida y críticamente el pensamiento jurídico de los más importantes autores laboralistas y civilistas que se pronuncian sobre este campo, desde ópticas divergentes. El trabajo de Wilfredo Sanguinetti, sin embargo, toma los conceptos que brindan dichos autores para construir a partir de ellos su propia elaboración teórica sobre la materia, lo que proporciona a su Tesis un elevadísimo nivel de creatividad personal.

Considero no incurrir en exageración si destaco la excelencia académica de este trabajo, que desde mi punto de vista está destinado a constituirse en una obra de importancia en nuestro medio jurídico, incluso fuera del ámbito estrictamente universitario. Su ya decidida próxima publicación va a contribuir indudablemente a ello. (Javier Neves Mujica)

El contrato de participación

Tesis de Bachiller sustentada en Setiembre de 1986 ante los Drs. Carlos Cárdenas César Luna-Victoria y Humberto Jara. Sobresaliente.

Bruno Olcese Chepote

Al recibir la tesis tuve una grata impresión. El trabajo trataba de llenar un vacío importante en los asuntos de Derecho Mercantil. El contrato de participación ha sido poco tratado y, en la práctica, muy maltratado por los usuarios. Utilizando las mismas palabras del señor Olcese, "... el carácter usualmente oculto de este contrato y, por ende, la falta de publicidad del mismo (ha determinado que) las partes lo utilicen y regulen sus relaciones de acuerdo a sus propias conveniencias, sin reparar siquiera en saber si el acto jurídico que han celebrado es un simple contrato mercantil o si, por el contrario, han formado una sociedad o asociación con capacidad propia, distinta a sus integrantes ...".

El trabajo no sólo se presentaba interesante, sino también muy audaz. Desde la misma introducción, el señor Olcese se planteaba un reto muy presuntuoso: "... es precisamente eso lo que busco con esta tesis: realizar un estudio doctrinario sobre la integridad de la institución que pueda servir eventualmente como texto de consulta...". Admito que la pretensión, tan de inicio, me pareció excesiva. Sin embargo, conforme adelantaba la lectura del trabajo, me iba convenciendo que el objetivo propuesto se realizaba. La impresión quedó totalmente confirmada en la sustentación. La calificación de sobresaliente hace justicia al trabajo.

Efectivamente, el trabajo del señor Olcese constituye un texto de consulta para quien quiera profundizar el conocimiento del contrato de participación (la llamada "Asociación en Participación" de nuestra Ley General de Sociedades). En mi opinión, el trabajo tiene dos grandes virtudes. En primer lugar, plantea con mucho acierto que

el contrato debe formar parte del tratamiento de los contratos en el Código de Comercio y no ser tratado dentro de la Ley General de Sociedades. En segundo lugar, analiza en profundidad todas las características contractuales de la Institución, superando largamente el deficiente tratamiento que actualmente tiene en la Ley General de Sociedades.

Para el señor Olcese, cosa que comparto plenamente, el contrato de participación es uno con prestaciones recíprocas, oneroso, consensual, no formal y de naturaleza mercantil. Precisa que la relación de las partes genera un vínculo estrictamente obligacional y no un ente social (persona jurídica) distinto a los contratantes.

Propone un cambio de denominación al asociante y al asociado designados así actualmente en la Ley General de Sociedades, sugiriendo se les denomine Administrador y Partícipe, respectivamente. Mantiene la idea que la gestión de negocio corresponde exclusivamente al administrador y que, en tal virtud, es el único que adquiere derechos y asume obligaciones frente a terceros, siendo esta responsabilidad ilimitada. En la complejidad del análisis, evalúa la posibilidad de la existencia de pluralidad de administradores y partícipes.

Indica con claridad que la obligación de los partícipes es el aporte de recursos para ejecutar el negocio y que esta transferencia debe ser en propiedad, con excepción de las prestaciones consistentes en los derechos de uso o usufructo. Coincidente con la idea que el contrato no forma una persona jurídica, concluye en que todos los aportes transferidos no constituyen tampoco un fondo social, admitiendo sin embargo, la posibilidad que se cree un ré-

gimen de co-propiedad entre los diversos administradores.

Desarrolla extensamente las relaciones entre administradores y partícipes, reconociendo a estos últimos los derechos de información que les permita examinar las cuentas del administrador. En esta misma lógica del análisis de las características contractuales, concluye en que es aplicable al contrato de participación, en forma supletoria, las normas que regulan los contratos civiles mas que aquellas otras que regulan las diversas formas societarias. **(César Luna-Victoria León)**

El subcontrato

María Ana Brigneti Suito

Tesis de Bachiller sustentada en enero de 1987 ante los Drs. Jorge Muñiz, Humberto Jara y Jack Bigio. Sobresaliente.

La investigación efectuada por María Ana Brigneti se origina en la ausencia de normas específicas sobre el subcontrato. A partir de esa motivación organiza su investigación en tres capítulos. El primero denominado Generalidades, contiene la terminología, el concepto y la naturaleza jurídica del subcontrato; el segundo, titulado el ámbito del subcontrato, estudia el objeto, el contenido, las características, las relaciones y la utilidad práctica del subcontrato. Por último, el tercer capítulo presenta las aplicaciones particulares del subcontrato en la legislación peruana (subarrendamiento, subcontrato de obra, submandato, subdepósito y subcomodato).

La investigación tiene una virtud central: se ocupa de una figura que no ha sido mayormente estudiada y que por lo mismo al carecer de material bibliográfico obliga a una creatividad mayor.

La autora sostiene que no es correcta la postura de quienes soslayan al subcontrato por considerarlo una figura dependiente y derivada de otra llamada contrato base. Para ella "las recientes necesidades de la vida económica moderna requieren que a través de figuras como el subcontrato se posibilite la transferencia de derechos y obligaciones a terceras personas, con la particularidad en este caso que los contratantes originarios que queden desvinculados de sus respectivos contratos tal como ocurre en la cesión de contratos".

Por lo mismo postula la conveniencia de reformular nuestro sistema actual incorporando al subcontrato en un título específico del libro VII, Sección Primera, Contratos en General, de nuestro Código Civil.

Algún autor ha dicho que "cada libro contiene su contralibro". La frase es aplicable a la tesis de María Ana Brigneti. Particularmente consideramos que el subcontrato no requiere regulación específica. Si un Código se ocupara de todas las relaciones subsidiarias tendríamos una suerte de Código infinito. Creemos que la causa que anima su investigación es buena pero sus razones no persuaden tanto.

Sin embargo, observaciones aparte, debe quedar constancia de que se trata de una investigación interesante, planteada con acierto y que denota un trabajo efectuado con dedicación y cuyos aportes pueden revisar los interesados en la materia. **(Humberto Jara)**

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

Cecilia Arciniega, Carolina Awapara, Lorena Borgo, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Lorena Cook, Ernesto Coz, Lourdes Chang, Javier Chocano, Elena de Beaumont, Javier de Belaúnde, Marcelo de Bernardis, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paula de Mallma, Mónica de Rivera, Luis José Díez - Canseco, Rocío Fernández, Carlos Garatea, Juan García Montufar, Silvia Granda, Carmela Hernández, José Alfredo Jiménez, Wally Joly, Gulnara La Rosa, Rogelio Llerena, Juan Carlos Mejía, Patricia Mendoza, Guillermo Morales, Jorge Muñiz, Dante Nagaro, Francisco Navarro, Dante Nieri, Fabián Novak, Alfonso y Fernando Orbegoso, Carlos Ortega, Rosa María Palacios, Elena Pardo de Figueroa, Rafael Picasso, Roberto Reátegui, Anabella Rivera, Leonie Roca, Patrick Stenning, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas, María Eugenia Yábar.

the 1990s, the number of people in the UK who are aged 65 and over has increased by 1.5 million (1990–1999) and is projected to increase by a further 1.5 million by 2010 (Office of National Statistics 2000).

There is a growing awareness of the need to improve the health of older people and to reduce the burden of disease and disability in this population. The Department of Health has set a target to reduce the prevalence of chronic disease in older people by 10% by 2010 (Department of Health 2000). This target is part of the National Service Framework for Older People, which is a key document in the development of health care for older people in the UK.

The National Service Framework for Older People is a framework of standards for the care of older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.

The National Service Framework for Older People is a key document in the development of health care for older people in the UK. It sets out the goals for the care of older people and the standards that should be achieved. The framework is based on the principles of person-centred care, which means that the care of older people should be tailored to their individual needs and preferences. The framework also sets out the standards for the care of older people in different settings, including hospitals, community care, and care homes.