

THĒMIS

Revista de Derecho



Entrevista a Néstor de Buen

Luís Arbulú • César Luna – Victoria

Juan Monroy • César San Martín • Beatriz Ramacciotti

Jack Child • Héctor Gros • Javier de Belaúnde

Edgardo Mercado • José Amado

THĒMIS Revista de Derecho

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

Comité Directivo: Alfredo Bullard González, Fernando Cantuarias Salaverry, Nicolás Lerner Von Mallinckrodt, César Parodi Martins, María Teresa Quiñónez Alayza, Juan José Ruda Santolaria. *Comité Consultivo:* Jorge Avendaño Valdez, Manuel De la Puente y Lavalle, Fernando De Trazegnies Granda, Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Lourdes Flores—Nano, Aníbal Quiroga León. *Comité de Redacción:* Carolina Awuapara P., Lorena Borgo H., Ursula Collimboy S., Javier Chocano P., José Alfredo Jiménez G., Milagros Muñoz B., Josefina Townsend D.C., Verónica Zavala L. *Colaboradores:* Mariana Cazorla, Carlos Garatea G., Juan García—Montúfar S., Alejandro Lira P., Juan Carlos Mejía C., Patricia Mendoza F., Bernardo Ortega M., Valentín Paniagua J., Mario Pasco L., José Pedraza N., Alejandro Pesquiera B., Rosario Saco. *Diagramación e impresión- publiART.*

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Dirección: Av. Universitaria Cdra. 18 — San Miguel
Facultad de Derecho — Casilla Postal 110711 — Lima 11

Auspiciada por el Ministerio de Justicia: Resolución Ministerial No. 072—88—JUS
del 15 de Febrero de 1988.

THĒMIS

Revista de Derecho INDICE

3

Presentación

5

Entrevista a Néstor De Buen

16

Luis Arbulú Alva
Vigencia del PROEM

18

César Luna—Victoria León
La sociedad anónima por dentro

24

Juan Monroy Gálvez
El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad

29

César San Martín Castro
La coerción personal en la investigación policial del delito: análisis crítico

38

Jorge Delgado Calisto
Algunas consideraciones acerca de la utilidad y el dividendo en las sociedades anónimas

42

ACTUALIDAD: DESARME
Beatriz Ramacciotti de Cubas
La Antártida como zona de paz

46

Jack Child
Conflictos interestatales en la América Latina y la búsqueda de soluciones:
cinco casos ilustrativos

54

Héctor Gros Espiell
Mecanismos jurídicos para la seguridad regional en América Latina.
El caso del Tratado de Tlatelolco

61

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
Javier de Belaúnde López de Romaña
Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después

70

Edgardo Mercado Neumann
Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual

75

José Amado Vargas
Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico

81

Octavio Chávez Toro—Lira
El interdicto de adquirir y el hecho de la posesión

84

JURISPRUDENCIA COMENTADA
Grupo de investigación de Thémis
Acción cambiaria y vías procesales

86

RESEÑA DE TESIS
Los principios generales del Derecho y su aplicación en el Derecho Civil
peruano / Propiedad agraria y derecho colonial: el caso de la hacienda Santotis,
Cuzco (1543—1822) / La hipoteca mobiliaria / Autonomía convencional e
intervención estatal en el modelo constitucional peruano de negociación colectiva.

90

Índice Analítico Thémis 1 al 10

AGRADECEMOS A:

Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados.
Bigio, Fernández, Ramírez & Ramírez, Abogados.
Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados.
Delfino, Pasco, Isola, Avendaño, Castañeda, Abogados.
Estudio Jorge Avendaño V.
Estudio Aza & Cárdenas, Abogados.
Estudio Javier de Belaúnde, Abogados.
Estudio Luis Echecopar García.
Estudio Aurelio García Sayán, Abogados.
Fernández, Heraud & Sanchez, Abogados.
Estudio Mejía, Abogados.
Estudio Mercado, Abogados.
Estudio Olaechea.
Estudio Osterling, Arias Schreiber, Vega, Roselló & Asociados.
Estudio Rubio, Leguía, Normand, Hernández & Asociados.
Lourdes Flores Nano, Abogados.
La Hoz, De la Flor & García Montufar, Abogados.
Martínez, Bellido, Berninzon & Lavalley, Abogados.
Mendoza Habersperger, Abogados.
Notaría Carlos Enrique Becerra Palomino.
Notaría Ramón A. Espinosa Garreta.
Notaría Ricardo Fernandini Barreda.
Notaría Ernesto Velarde Arenas.
Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, Notario.
Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados.
Rodríguez Mariátegui & Vidal, Abogados.
Carlos Augusto Sotomayor Bernós, Notario.

Cuyo patrocinio hace posible la aparición de Thémis.

Presentación

Al salir a la luz el Número 10 de la Segunda Epoca, deseamos extender un reconocimiento al Doctor César Fernández Arce: persona de larga y fecunda trayectoria.

Así mismo, queremos agradecer la entusiasta aceptación dispensada por nuestros lectores, que constituye un incentivo para perseverar en la tarea emprendida, y la cálida acogida otorgada a otras iniciativas promovidas por nosotros, como el reciente Fórum “Código Civil: 3 años de vigencia”. Durante dicha actividad, organizada en coordinación con nuestra Facultad y que permitió captar fondos para la construcción del nuevo local de esta última, especialistas y alumnos evaluaron —a través de agudos comentarios— la vigencia real de las instituciones recogidas por el citado cuerpo legal.

Otro estímulo de gran valor es que el Ministerio de Justicia haya dispuesto auspiciar THEMIS, debido a que, según consta en la Resolución Ministerial 072—88 JUS de 15 de febrero pasado, se trata de una contribución al estudio y desarrollo de las ciencias jurídicas.

De esta manera, buscando seguir cubriendo expectativas e inquietudes, ponemos a su disposición un número de contenido ágil y variado, donde les ofrecemos interesantes colaboraciones de renombrados hombres de leyes y una esclarecedora entrevista al afamado laboralista Néstor De Buen.

Cabe destacar, además, que, en esta ocasión, la sección de actualidad versa sobre el desarme, asunto internacional de particular significación y de cuyo logro depende —en buena parte— la paz mundial. El tratamiento de la cuestión se encuentra a cargo de tres reputados estudiosos y al inclinarnos por ella tuvimos muy en cuenta un conversatorio al respecto patrocinado por nuestra revista y el Grupo de Estudios Internacionales de la Universidad Católica.

Pando, Marzo de 1988
El Comité Directivo

500 AÑOS DE HISTORIA



Exposiciones permanentes.
Entrada Gratis.
9.30 a 1 pm.
Oficina Principal del Banco.

Museo Numismático del

BANCO WIESE

Entrevista a Néstor de Buen

Continuando con las entrevistas a los profesores que tomaron parte en el Tercer Curso Internacional de Derecho del Trabajo Comparado, es para THEMIS un honor presentar las declaraciones del destacado jurista mexicano Néstor de Buen.

El Dr. de Buen es miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, así como profesor titular de la Universidad Iberoamericana y profesor interino de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales ACATLAN (U.N.A.M.). Igualmente es autor de importantes obras sobre la materia, como su "Derecho del Trabajo" y "La Reforma del Proceso Laboral", entre otras.

Esta entrevista no hubiera sido posible sin la colaboración de Rosario Saco, Juan José Ruda y María Teresa Quiñones, colaboradores de nuestra revista.

Thémis: Dr. De Buen, si bien la Constitución Política del Perú consagra el principio general de la no discriminación, en el ámbito laboral es posible comprobar que existen diferencias entre obreros y empleados. ¿Está usted de acuerdo en que se mantenga esta distinción, o en su lugar, considera que dicho tratamiento debe uniformarse?

De Buen: Bueno, aquí estamos ante dos situaciones, en primer lugar el concepto y, en segundo lugar, el tratamiento dado a obreros y empleados. Desde luego, no es justificable, en modo alguno, esta diferencia. Algún autor italiano trató de establecerla (no recuerdo el nombre, aunque lo cito en mi libro "Derecho de Trabajo"), pero, en conclusión, no hay manera de hacerla.

La ley mexicana de 1931 hablaba también de trabajadores obreros y empleados pero exclusivamente para los efectos del pago de salarios. La ley actual hace referencia a los trabajadores que realizan fundamentalmente labores manuales, y dice que se les deberá pagar semanalmente o, cuando menos, cada quince días. Esta es la única diferencia en la ley mexicana entre lo que ustedes llaman obreros y empleados, aunque en realidad se trata de un concepto ya superado. En sus tiempos, nuestra disciplina fue conocida como Derecho Obrero, pero ésa es una concepción limitada y hoy debe utilizarse el concepto común de trabajadores.

Ahora bien, de haber discriminación, en el sentido de que una conducta relativa a un obrero es sancionada con mayor rigor que si se tratara de un empleado, ahí sí se rompería definitivamente el principio de la igualdad. Por supuesto que este principio de-

be verse con mucho cuidado pues se trata de la igualdad entre los trabajadores, mas no de la de ellos con los empresarios, porque ésta no existe; precisamente el Derecho de Trabajo parte de la idea de esa desigualdad pero prohíbe que se dé entre los propios trabajadores.

Sin embargo —y en sentido inverso— en la legislación mexicana se habla de los trabajadores de confianza, de aquellos que no lo son e, inclusive de los representantes del patrón. ¿Cuál es el sentido de la diferencia? En primer lugar, estos últimos están excluidos, por ejemplo, del beneficio de la participación en las utilidades. En segundo lugar, los trabajadores de confianza son elegidos generalmente de manera libre por el patrón y están sometidos a una serie de limitaciones en sus derechos. Se supone que son gente que tiene un mayor ingreso, con beneficios adicionales y a los que la ley no necesita proteger tanto, y por estos motivos se les discrimina de diversas maneras: no pueden formar parte en los sindicatos de los demás trabajadores, pueden ser despedidos por los motivos ordinarios y además al perderseles la confianza, razón por la cual no tienen derecho a la estabilidad en el empleo.

Esta desigualdad no es en nada positiva, desde luego, pero se produce en un sentido contrario al que ustedes me informan se da en el Perú. Es decir, que los trabajadores, a los que llamáramos obreros o manuales, resultarían más protegidos por la legislación mexicana que aquellos que no tienen estas características.

Thémis: A veces, el empleador puede tomar en cuenta ciertos elementos que le sirvan de base para

remunerar de manera distinta a trabajadores de la misma categoría. ¿Cuáles serían para usted los criterios válidos o aceptables?

De Buen: Debemos partir de un supuesto: la igualdad de todos los trabajadores. Esto se encuentra plasmado en el artículo 3ro. de la Ley Federal del Trabajo de México que prohíbe hacer distinciones en razón de sexo, edad, estado civil, origen y otras cosas más y, aunque no menciona la nacionalidad, la regla básica es que no puede haber diferencia de trato entre los trabajadores. Evidentemente, existe otro principio —también muy importante— que establece que a igual trabajo debe corresponder igual salario, sin diferencias de ninguna clase. Si partimos de estas premisas, cualquier sistema discriminatorio sería contrario a Derecho, contrario a Ley. Sin embargo, en términos de productividad —por ejemplo— podría pensarse en una distinta remuneración para trabajadores de la misma jerarquía, pero de ningún modo sería posible por razones de otro tipo.

Debo decir que en México se ha ido reconociendo el derecho a un pago extra por antigüedad, el cual no se liquida al final de la relación sino durante la relación misma. Por ejemplo, en el contrato colectivo de trabajo del Instituto Mexicano del Seguro Social, se estipula que el trabajador con cinco años de antigüedad tiene derecho a cobrar hasta dos meses de salario adicional al año, el mismo que se incrementa cada quinquenio.

De aquí resultan dos cosas, en primer lugar, el que dos personas que hacen el mismo trabajo reciban diferente ingreso, y, en segundo lugar, la pregunta de si ese pago adicional, ese plus, es un salario. Si nos remitimos a la definición estricta de salario —de acuerdo a la ley mejicana— resulta que éste no lo sería porque salario es todo aquello que se paga al trabajador a cambio de su trabajo. En el caso específico del pago por antigüedad no se le paga por su trabajo sino por el tiempo que tiene prestando servicios, lo cual, desde cierto punto de vista, salvaría las conciencias, pues esta fórmula no rompe con el principio de a igual trabajo igual salario.

La verdad de las cosas es que los sindicatos han logrado como otra conquista que, no obstante, no siendo formalmente un salario, se le dé a aquel el valor de tal; por ejemplo, para el pago de jubilación, de indemnización, de despido, etc.; con lo cual, vía conquista, se ha logrado consagrar el principio de que a igual trabajo corresponde desigual salario, por razones de antigüedad.

En cierto modo, esto resulta ser, un pago a la lealtad. Se trata de un valor real que aporta el trabajador a la empresa: su propia presencia en ella durante cierto tiempo, y este concepto ha permitido una diferencia. Ahora bien, se trata de una excepción, pues cualquier otra diferencia que corresponda a un capri-

cho del empleador sería absolutamente ilegal, injusta, absurda, arbitraria y contraria a toda regla.

Thémis: ¿Usted haría extensivo este mismo criterio en lo que respecta a las asignaciones familiares?

De Buen: Bueno, se trata de otro caso. Por ejemplo en Europa, territorio poco prolífico, a los trabajadores les pagaban lo que en España llaman el "plus familiar", y se daba por cada hijo una cantidad adicional al salario. Esto debe entenderse como una forma de incentivar el desarrollo de la población en aquellos lugares donde la situación demográfica se halla más o menos detenida y en una etapa en la que es necesario incrementarla. Así lo han hecho en Francia, España y Alemania, pero imaginemos que eso se hiciera en América Latina, ¡fusilan al legislador que se le ocurra pagar por tener hijos! Por ejemplo, a mí me habrían hecho rico porque tengo siete, pero a muchos tendrían que pagarles sumas espantosas, peor aún si, además de considerar a los hijos nacidos dentro del matrimonio, habría que tomar en cuenta a los que son fruto de otras andanzas. Y aunque resulta ser una medida social, en este caso, evidentemente, no se trata de un salario.

Thémis: ¿Cree usted posible que en alguna circunstancia los trabajadores, representados por su sindicato puedan, a través de la negociación colectiva, renunciar a derechos adquiridos por vía de idéntico mecanismo?

De Buen: Yo creo que sí, porque la negociación colectiva es bilateral, es un instrumento de equilibrio entre los factores de producción, y aunque generalmente las empresas van en alza, en un momento dado pueden estar en una situación económica difícil, haciéndose necesario disminuir ciertas prestaciones o reducir el número de trabajadores. Por lo tanto, creo que el convenio colectivo de trabajo sería el vehículo lógico para acordar ese tipo de compromisos sin que esto implique, obviamente, renunciar alguna de los derechos mínimos garantizados por la Constitución y la ley.

Precisamente la negociación colectiva tiende a establecer ese equilibrio y, cuando no se consigue por medio de ésta, el empresario tiene abiertas las puertas del conflicto colectivo de naturaleza económica, cuya finalidad es reducir las prestaciones y las condiciones de trabajo.

El art. 919 de la Ley Federal del Trabajo mexicana que se refiere a la sentencia colectiva, es decir al laudo dictado en un conflicto colectivo de naturaleza económica, establece —aunque resulte paradójico— que la reducción de salarios, la disminución de prestaciones y el despido de algunos trabajadores son de justicia social, siempre y cuando se mantengan los mínimos legales y constitucionales.

Sin embargo, existe una norma que ha sido motivo de problemas en México porque dispone que los contratos colectivos no podrán concentrarse en condiciones inferiores a las de los contratos individuales existentes antes de su celebración. No obstante, creo que esta norma se refiere al punto de partida, a la celebración del primer convenio colectivo; pero cuando éste ya tiene tiempo y debe revisarse bienalmente es perfectamente factible que se haga en términos de equilibrio y no en términos de permanente avance. Esto lo veo perfectamente normal y claro, no me cabe la menor duda.

Thémis: ¿Cree usted que una ley puede derogar los derechos obtenidos por medio de una negociación colectiva?

De Buen: Definitivamente. Si el legislador puede cambiar la Ley —e inclusive la Constitución mediante una reforma constitucional— no creo que exista impedimento alguno para modificar los resultados de una convención colectiva, si piensa que deben imponerse nuevas reglas a las que habrá que reconocerles el carácter de normas imperativas, por lo que la voluntad de los particulares no podrá modificarlas.

Lo que no creo que se podría hacer es destruir, retroactivamente, lo acordado pero sí dejarlo sin efecto para el futuro, anulando, a partir de la vigencia de la ley, los efectos de los convenios anteriores.

Se trata de un problema de política social; me parece horrendo que esto se pueda dar, pero tengo la impresión de que legalmente no habría inconveniente para que se hiciera, si es que por alguna razón social no se desean mantener vigente cierta prestación contractualmente pactada. Porque si la Constitución y la ley se pueden reformar, ¿por qué no se va a poder reformar por medio de esta última un convenio colectivo o sus efectos?. Sin embargo, el legislador estará invadiendo en ese momento un territorio muy peligroso, porque va a enfrentarse a las conquistas logradas por los trabajadores; y, en un caso, así la posición del Estado frente al movimiento obrero puede ser muy delicada.

Thémis: En una entrevista anterior el Dr. Helios Sarthou hizo alusión al Convenio 87 de la OIT, que ha sido ratificado por Uruguay y Perú. En ambos países los tratados internacionales, una vez aprobados, gozan de un rango de supralegalidad, por lo que en su opinión una ley ordinaria no podría restringir los derechos acordados a los trabajadores por medio de un contrato colectivo, salvo que se hubiese denunciado con anterioridad el Convenio 87. ¿Qué piensa usted al respecto?

De Buen: Un Convenio de la OIT que sea ratificado por el Senado tiene en México el valor de Ley Reglamentaria y, por lo tanto, es de la misma jerarquía que la Ley Federal del Trabajo. Nada impide,

sin embargo, que la ley sea derogada o que se dicten nuevas disposiciones legales que modifiquen lo establecido en el Tratado. ¿Cuál es el efecto que éstas tendrían?. Bueno, en la Organización Internacional del Trabajo se va a clasificar al país entre los violadores constantes y conspicuos de sus reglas, pero el hecho de que la nueva norma contradiga un Tratado no va a modificar su validez.

En México tenemos el criterio de que una norma de la misma jerarquía que disponga en contrario de una norma anterior la deja sin efecto aplicándose la nueva, aún cuando su origen haya sido un Convenio de la OIT.

Que tendremos el repudio internacional? ¡Por supuesto!, pero esto no es algo que le vaya a restar validez a la ley, desde el punto de vista estrictamente formal.

Thémis: Dr., ¿Qué opinión le merece la posibilidad de que en épocas de crisis el Derecho Laboral pueda ser utilizado como un instrumento de la política económica y se pretenda con ello regular salarios o constreñir derechos?

De Buen: Bien, esto es algo que con frecuencia se produce en tiempos de crisis. Es quizás en el Derecho Laboral donde se manifiestan mejor que en otras ramas del Derecho los aspectos de esa política económica del Estado. No es que me parezca del todo bien, pero yo pienso que a veces el Estado no tiene más remedio que tomar ciertas medidas en beneficio de una situación económica general. Por cierto que esto se puede hacer mediante una ley, pero siempre será mucho más razonable que se haga mediante la concertación social.

Por ejemplo, en España se dio el caso de que en el año 1984 los diferentes sectores acordaron por vía del Acuerdo Económico Social que los salarios se aumentarían por debajo de la línea de inflación. Esto es lamentable, antipático y desagradable pero realmente se ponen en juego valores que están por encima del interés concreto de un sindicato, el cual, tal vez por su fuerza, pueda obtener un beneficio mayor ya que en definitiva, desde el punto de vista de los sindicatos, estos están sacrificándose para que no haya pérdidas de empleo, están sacrificándose para que el empresario —aunque no necesariamente lo logran— no le tenga miedo a volver a invertir y así crear fuentes de trabajo o mantener las que ya tienen porque le están fijando salarios que no van a generar costos inconvenientes.

Entonces ante esa situación de crisis, la cual es un hecho evidente del capitalismo, resulta lógico que se tomen medidas que afecten el ingreso salarial o las condiciones de los trabajadores. Es lamentable pero perfectamente normal dentro del esquema del capitalismo.

Thémis: En el marco de la pregunta anterior, ¿considera usted que, en un momento de crisis como la que padecen el Perú y gran parte de América, sea necesario, por ejemplo, imponer una mayor flexibilidad en el trabajo en cuanto a la estabilidad laboral para con ello fomentar el empleo y evitar que aumenten el desempleo y el subempleo?

De Buen: En el Curso discutimos eso ampliamente y hubo versiones de ambos lados. Los que afirmaban que la estabilidad en el empleo se veía mermada por los contratos, llamados precarios, y quienes decían que esto no es así. Recordarán ustedes que alrededor de este tema mencionamos el problema de las estadísticas y yo dije que a las estadísticas no les creía nada. Alguien se ofendió con eso y se generó una discusión importante.

La verdad de las cosas es que para mí el concepto de estabilidad como tal es simplemente el derecho del trabajador a permanecer en el empleo cualquiera que sea su naturaleza, temporal o definitiva, y sin que la voluntad del patrono pueda poner fin a ese contrato, salvo que haya causa justificada o justa causa, como se le quiera llamar. Entonces la estabilidad puede ser muy amplia cuando los contratos son por tiempo indefinido y no hay ninguna limitación, o puede ser una estabilidad no tan amplia o relativa cuando se considera que en distintas situaciones los contratos pueden tener una duración mínima o máxima, como es el caso del contrato por tiempo fijo o el contrato por obra determinada.

En etapas de crisis lo que se hace es ampliar el espectro de los contratos temporales. En rigor esto no rompe con el concepto técnico de estabilidad, tan sólo modifica la política de duración de los contratos por parte del Estado. Las excepciones a la permanencia, a la indefinición del plazo son mucho mayores, precisamente porque se producen estas situaciones.

Ahora bien, la pregunta de fondo es si estoy de acuerdo o no con esos contratos temporales y si realmente son instrumentos para lograr el mantenimiento del empleo y así aliviar el problema del desempleo. La experiencia española ha sido positiva en el sentido de que esos contratos temporales han sido eficaces creadores de empleo. Esto es cierto, aunque a lo mejor crearon muchos puestos de trabajo que terminaron siendo ocupados por los mismos trabajadores que previamente habrían sido separados de sus puestos en ejercicio del derecho de una duración limitada del contrato. Sin embargo, aparentemente ha sido una buena medida el establecer esos contratos llamados precarios.

A pesar de todo se está planteando un problema en España; hace un par de meses más o menos empezaron a vencer los períodos de tres años que se habían previsto como plazo máximo en el Estatuto de los Trabajadores y a partir del cual ya no es posible el despido trimestral o semestral. El empresario español, —la Confederación Española de Organizaciones

Empresariales que es el organismo cúpula de los empresarios españoles planteó la necesidad de prorrogar esos tres años y el gobierno socialista afortunadamente dijo que no. Yo creo que no va a pasar nada, van a seguir teniendo los mismos puestos de trabajo.

Aquí el problema se plantea entre la estadística y el concepto. Si nosotros no tenemos —y cuando hablo de nosotros digo América Latina— un seguro de desempleo y, por lo tanto, no contamos con datos concretos sobre los desempleados ni existen estadísticas adecuadas al respecto, resulta extremadamente difícil calificar en términos de experiencia el resultado de ese tipo de contrataciones.

Pero —por ejemplo— no deja de ser contradictorio que el Perú haya aprobado una ley de Estabilidad prácticamente absoluta e inclusive más eficaz que la mejicana, y que a los tres meses haya promulgado el PROEM. Me parece que habría que pensar lo que hay detrás de todo esto. Esas son las cosas que lo hacen a uno dudar, qué pasa con esa política de empleo y qué pasa con esa política de excepciones tan pero tan amplias, pues al menos en Europa, en España, Francia e Italia, el contrato temporal sólo puede darse para causas concretas y específicas y en cambio aquí no. En el Perú basta señalar tres meses, dos meses, un mes, sin mayor razón, y hasta dos años. Aquí la liberalidad del PROEM es absolutamente impresionante. . . ¿Ha sido eficaz?, les preguntaría yo a ustedes.

Thémis: Parece que no tanto; tal vez porque a nivel de empresarios existe mucha desconfianza y piensan que cuando se cumpla el plazo el Gobierno los obligará a incorporarlos como estables.

De Buen: Bueno, es lo menos que puede hacer el Gobierno. Entonces, los dos años son ficticios. Permítanme que amplíe un poco esto. Me encontré hace poco en Ecuador con una norma preciosísima de estabilidad al revés. El trabajador no puede ser despedido durante el primer año pero al terminar éste el patrón lo puede despedir cuando quiera sin ningún problema. Lo que está pasando ahora es que el Gobierno expide decretos de modificación salarial con validez anual, e incluye un artículo transitorio que establece que durante un año más no se podrá aplicar la regla del despido libre. De esta manera cada doce meses en virtud de un decreto específico, los trabajadores van conservando su derecho a la estabilidad, es decir, se prorroga el derecho a la estabilidad que la ley establece sólo para un año.

Eso sí que es estabilidad al revés, y es impresionante. Lo que sí resulta lógico es que el patrón pueda separar a un trabajador durante el primer año, quizá porque no se han entendido; pero, que pasado el año lo pueda despedir cuando le parezca, eso ya no es fácilmente entendible.

Thémis: Ya que hablamos de la estabilidad,

¿Cuál es el concepto que usted está trabajando en relación a este tema? ¿Considera que la estabilidad relativa o impropia se ajusta en alguna forma al concepto de estabilidad o mas bien piensa que no?

De Buen: Lo que Russomano llama estabilidad relativa —todos citamos a Russomano— no es tal, porque estabilidad no es el derecho a obtener una indemnización, es el derecho a permanecer en el empleo, por lo tanto, la llamada estabilidad relativa no es estabilidad en absoluto, es solamente una manera de decir que aquel patrón que desee despedir a un trabajador le va a costar dinero.

Yo entiendo la estabilidad relativa como una concepción político-social. En un país puede ser que algunos trabajadores tengan estabilidad y otros no, entonces ahí sí se da una estabilidad relativa desde el punto de vista del país. No creo que haya un país que tenga estabilidad absoluta, sin limitaciones. Por ejemplo tomemos el caso peruano, si la Ley de estabilidad hubiera dispuesto que el trabajador sea considerado estable desde el momento que ingresa y no después de los tres meses, ésa habría sido una estabilidad absoluta.

Otros opinan que ésta tampoco es absoluta porque también hay causas justas de despido, pero eso está dentro del concepto mismo de estabilidad. La estabilidad es el derecho a permanecer en el empleo, pero portándose bien, es el derecho a que el capricho del empleador no pueda dar por terminada la relación laboral, pero, evidentemente, no puede implicar el derecho a quedarse en el empleo a pesar de una conducta negativa, esto no es estabilidad.

En consecuencia, para mí el concepto de relativo o total es meramente un concepto de política social, sin embargo la estabilidad no puede ser a medias (yo no conozco ninguna persona que esté medio muerta ni ninguna señora que esté medio embarazada), de modo que tiene que ser estable o no estable, sin medias tintas.

Thémis: ¿Cabe alguna excepción a la estabilidad laboral, por ejemplo en el caso de las pequeñas empresas donde se da una relación muy próxima entre el empleador y sus trabajadores?

De Buen: Por supuesto que sí. Bueno, aquí estoy hablando en términos de mi propia Ley; si mal no recuerdo, la fracción segunda del art. 49o. de la Ley Federal del Trabajo dispone que no tendrán derecho a la estabilidad aquellos trabajadores cuya reinstalación obligatoria en el empleo resulte inconveniente a juicio de la Junta, debido a su cercanía con el patrón. Porque al encontrarse todos los días, a la misma hora y en el mismo lugar dos personas que han tenido una dificultad complicaría bastante las cosas. Esta se plantea como una excepción a dicho principio.

Thémis: ¿Quiere decir que en su país es el Juez quien finalmente determina en qué casos resultaría inconveniente la reincorporación de un trabajador?

De Buen: En mi país, en primer lugar, no es un juez sino la Junta de Conciliación y Arbitraje la encargada de determinar estos casos. En segundo lugar —y exclusivamente con relación a este punto— la Junta es la que debe calificar si es conveniente o no la reinstalación de ese trabajador; en los demás casos de excepción a la estabilidad no ocurre así.

La primera excepción la constituyen los trabajadores que tienen menos de un año de antigüedad. La segunda excepción son los trabajadores de confianza —aunque el problema de estos es determinar si son tales o no, lo cual quedará, naturalmente, a criterio de la Junta de Conciliación. La tercera excepción prevista es aquélla que acabo de citar, la de la proximidad física. La cuarta consiste en que los trabajadores temporales tampoco tienen estabilidad y, finalmente, la quinta se refiere a los trabajadores del servicio doméstico. Pero la apreciación de la Junta es fundamental para con los trabajadores físicamente próximos al patrón.

Thémis: Aunque todo plazo es arbitrario ¿cuánto debería prolongarse —a su juicio— el período de prueba, antes de que el trabajador obtenga la estabilidad absoluta en el empleo?

De Buen: En México tenemos dos situaciones diferentes, una etapa de prueba —que no es un contrato a prueba— y una prueba dentro del contrato que, en el fondo, más que una prueba es una confirmación de la información dada por el trabajador para ser contratado, lo que ha sido extendido por la Corte al caso en que el trabajador durante los primeros 30 días no demuestre que tiene las habilidades necesarias para llevar a cabo la tarea.

Aun cuando no se haya advertido al trabajador, si éste acepta un puesto y no sabe desempeñarlo, el patrón puede, previa comprobación (cuya carga de la prueba le corresponderá) despedirlo durante ese término de treinta días.

A partir de ese momento hay un plazo de once meses más, es decir un año en conjunto, durante el cual el patrón puede despedir a un trabajador pagándole una indemnización. Transcurrido dicho lapso ya no lo podrá hacer, salvo que tenga causa justificada.

Entonces, ¿cuál sería el plazo para mí? Me parece razonable la fórmula mexicana, aunque como ustedes dicen todo plazo es arbitrario. ¿Por qué la mayoría de edad es a los 18 y no a los 21 años? Son reglas de seguridad jurídica, se hace necesario establecer un criterio uniforme porque si tuviéramos que ponderar las circunstancias en cada caso particular todo sería terriblemente complicado. Fijar el término de un año

me parece razonable

Thémis: ¿Cree usted que debería existir un plazo distinto según se trate de grandes empresas o de los pequeños?

De Buen: Debe ser el mismo plazo para todos.

Thémis: Cuando se propuso el plazo de tres meses los empresarios se opusieron a él argumentando que en las empresas más grandes al empleador le era difícil conocer las cualidades del trabajador en un plazo tan corto. ¿Qué comentario le merece esto?

De Buen: El empleador siempre preferirá que lo cuelguen de otro árbol y no del que le han propuesto. En México los empleadores protestaron porque en la reforma a la Ley Federal del Trabajo del año '62 se establecieron límites a la estabilidad y se fijó el plazo de dos años; pero al darse la Ley del '70 se redujo el plazo a un año y, naturalmente, todo el mundo protestó.

En fin, esto no me preocupa, ese tipo de protestas, aunque son comprensibles no sirven para calificar si es o no el tiempo adecuado. Yo creo que el plazo de un año es razonable.

Thémis: Sobre el tema de la huelga, ¿cuáles piensa usted que son sus finalidades? Y dentro de las modalidades de huelga existentes —como la de brazos caídos, la huelga blanca, la toma de locales— ¿cuáles son para usted las válidas y cuáles las que no lo son tanto?

De Buen: En primer lugar, si hablamos de huelga como concepto esto tiene un valor específico y allí sí que voy a tener que hablar de acuerdo a la Ley mexicana. Si hablamos de medios de presión de las organizaciones sindicales, podemos incluir cuarenta mil cosas más además de la huelga.

La huelga establecida en la Ley Federal de Trabajo —con antecedente constitucional— es una huelga que tiene que plantearse por conducto de la autoridad, con un pliego de peticiones dirigido al patrón y que debe presentarse ante la autoridad, con un plazo mínimo de seis días si se trata de una empresa ordinaria y diez días si se trata de una empresa de servicio público. Además, hay un trámite previo de conciliación y si las partes no se pueden arreglar los trabajadores se irán a la huelga y la empresa promoverá lo que quiera.

Ese concepto de huelga está referido a objetivos específicos. Hay en la ley un artículo, el 450o., que define cuáles son estos. Los resumo muy brevemente: celebración, visión y exigencia de cumplimiento del contrato colectivo del trabajo o del contrato ley; exigencia del cumplimiento de las disposiciones legales en materia de participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; y, la huelga por solidari-

dad. Son siete u ocho fracciones del art. 450o. que se reducen concretamente de esta manera. Entonces, entre nosotros la huelga siempre se da en relación a intereses colectivos.

No puede haber huelgas para reclamar, por ejemplo, el pago de salarios, horas extras o vacaciones; por supuesto que de hecho las hay, pero no es lo que debe ser, la huelga siempre tiene que ver con el contrato colectivo, con la exigencia de la participación de utilidades o con la solidaridad. Todo lo relacionado con el contrato colectivo debe referirse a situaciones de naturaleza colectiva y no particulares.

No todo puede ser motivo de huelga, sin embargo, los trabajadores muchas veces llevan a cabo paros temporales y breves, los cuales emplean como instrumentos de presión. También tienen otros medios como, por ejemplo, el ausentismo colectivo, que se da cuando un día determinado nadie se presenta a trabajar. Esta es una falta injustificada que sólo genera la pérdida del jornal y, salvo que acumule más de tres faltas en treinta días, no podría ser despedido. Igualmente, si en el contrato colectivo se establece que el sindicato puede sancionar a ciertos trabajadores, éste sanciona a aquellos que son claves para la empresa. Por supuesto, que todos están de acuerdo y la empresa se encontrará con que no pueden funcionar los departamentos más importantes porque le faltan los trabajadores claves; por cierto que estos medios de presión de los sindicatos están totalmente al margen de la ley. Algunos bordean la violación de la ley, otros se ubican dentro de un margen razonable de seguridad, pero en última instancia cuando se trata de luchas sociales, aún si no hay seguridad o si hay riesgos, las luchas se llevan a cabo.

Por ejemplo, un paro de cuatro o cinco horas en un departamento sería suficiente para despedir a todos los trabajadores que lo hayan acatado, pero ¿qué empresa lo hace? Ocurre que hay valores por encima de la ley y aún más allá de ésta que justifican ese tipo de actividades.

La huelga pues se encuentra estrictamente regulada por la ley, y por lo tanto, sólo puede referirse a lo que he dicho, lo demás son fórmulas de lucha sindical, de lucha obrera, que o están en la frontera de la ley o están fuera de ella pero son tan importantes y tan fuertes que es muy difícil reprimirlas. Los trabajadores constreñidos muchas veces por limitaciones legales a sus derechos fundamentales o por la aplicación de las normas por tribunales interesados en privarles de esos derechos, evidentemente se tienen que lanzar a una lucha sin cuartel, a una lucha frontal en la cual la ley queda a un lado.

No obstante, no olviden que los instrumentos del Derecho Colectivo, —el sindicalismo, el derecho de huelga y la contratación colectiva—, nacieron antes de que la ley pensara en ellos y lo primero que hizo fue prohibirlos y sancionarlos. La Ley Le Chappelier de

1796 y el Código Penal francés de 1812 crearon los delitos de coalición y huelga, y aún así continuaron las huelgas y los sindicatos. A estas alturas a los trabajadores no les asusta una ilegalidad más o una menos.

Thémis: A fin de ilustrar a los lectores de *THEMIS*, ¿podría decirnos cuál es la diferencia entre un contrato colectivo y un contrato ley?

De Buen: En México un contrato colectivo sirve para regular las condiciones de trabajo en una empresa o en un establecimiento. Es aquél que se celebra por acuerdo directo de las partes, bajo la presión de una huelga y se resuelve mediante la conciliación, el arbitraje, etc.

El contrato ley es un contrato aplicable al sector de la industria y normalmente es aprobado en una convención convocada por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social o por el Gobierno del Estado interesado. Cuando se trata de un sector industrial en una zona concreta, mediante una convocatoria en el diario oficial, se reúne a los trabajadores y a los patronos que representen más del 50 o/o. En dicha convención, cada uno de los trabajadores involucrados en esa rama de la industria celebra el convenio colectivo de trabajo, y entonces éste se aplicará a la totalidad de los trabajadores y de las empresas del sector, sean éstas o no partes en la celebración del convenio.

En México hay cinco contratos ley: el de la industria textil, uno de la rama azucarera, otro de hulea —industria de llantas y productos fabricados de hule— y otro más de la radio y la televisión, que, en definitiva, son dos pues están prácticamente divididos en uno para la radio y otro para la televisión.

La ley mexicana también prevee el contrato colectivo de carácter obligatorio, son los casos en que gran parte de las empresas y de un sector de la industria la mayoría de los trabajadores hayan celebrado igual convenio colectivo. En ese sentido, se puede pedir que se declare la obligatoriedad de ese convenio para el resto de los trabajadores y de las empresas. Se trata de un procedimiento declarativo que permite asimismo la oposición de parte interesada, la cual se resuelve administrativamente, aunque para la tranquilidad de ustedes, esa declaración jamás se ha producido en México.

Me acabo de encontrar en Ecuador con la misma norma —tomada evidentemente de la Ley mexicana de 1931—, y no sé si en los ingenios azucareros se hizo algo así. Lo cierto es que no se ha vuelto a celebrar o a declarar ningún contrato colectivo de carácter obligatorio. Nosotros no tenemos ni uno sólo. Es una especie de norma vacía de contenido y de experiencia. Contrato ley sí, contrato de carácter obligatorio no.

Thémis: En el Perú, existe una norma que pro-

hibe que los dirigentes sindicales puedan ser directores comuneros. Esta tiene su origen en el concepto de empresa como comunidad de intereses, por lo que el legislador consideró que la participación de la dirigencia sindical al interior de la comunidad laboral y del Directorio de la empresa conllevaría a un continuo enfrentamiento con el empleador. ¿Cree usted que esta norma atenta contra el Convenio de la OIT que consagra el principio de que una persona no puede ser discriminada en razón de su filiación sindical?

De Buen: Hasta donde recuerdo, estas reglas fueron establecidas durante la dictadura de Velasco Alvarado por el año 1970 y, si no me falla la memoria, se permitía que los trabajadores llegaran a tener un control de hasta el 50 o/o. ¿Es a ese tipo de empresas al que se refieren ustedes?

Bueno, yo no veo razón alguna para excluir a los dirigentes sindicales de los puestos de mando o directivos, por el contrario, creo que precisamente serían los más aptos, ya que demostraron que gracias a su dirigencia llegaron a tener la fuerza suficiente para conseguir la formación de la Comunidad Laboral. Me parece que es una discriminación indebida.

Thémis: En la práctica, y a pesar de la existencia de la norma a la que hicimos referencia, la Comunidad Laboral ha terminado por convertirse en un brazo del sindicato, en un intermediario entre los intereses de éste y la empresa. . .

De Buen: Paradojas de ese tipo se producen no solamente en esa clase de empresas. El art. 25o. de la Constitución mexicana permite las empresas de carácter social las cuales están constituidas de acuerdo a las formas del Derecho Mercantil —aunque sólo por ahora porque la Constitución no ha sido reglamentada— pero cuyos dueños son las organizaciones sindicales. Y se da la contradicción de que, por una parte, los líderes del movimiento sindical sean los miembros del Consejo de Administración y, al mismo tiempo y desde el otro lado de la relación, estos mismos líderes tengan firmado un contrato colectivo de trabajo con sus propios sindicatos y con la empresa; lo cual en el fondo es bastante absurdo.

Quizá esto tiene su origen en la fórmula judía de la *Istadrut*, que en Israel es, a la vez, la gran central sindical y la dueña de una parte importantísima de la industria, por lo que nuevamente se da el contrasentido de que por una parte son sindicalistas y por otra son dueños de la empresa.

Esto no es fácilmente explicable en los términos tradicionales, y puede producirse el tipo de problemas que ustedes plantean: ¿quién gobierna una empresa manejada en la forma que ustedes mencionaban? El sindicato, a fin de cuentas; ¿quién gobierna una empresa manejada en la forma establecida en México, aunque sea de manera precaria? El sindicato,

mas no los trabajadores. Y aquí se puede producir una paradoja más dolorosa. No se trata de estar contra los capitalistas, pero se trata de que los sindicatos se convierten en verdaderos capitalistas y, con el pretexto de que son organizaciones sindicales, son los peores explotadores de los propios trabajadores.

Thémis: En el Perú existe un Decreto Supremo del año '61 que establece claras limitaciones a los fines de los sindicatos, prohibiéndoles dedicarse a actividades de índole política, religiosa o lucrativa. Hay quienes han interpretado que estos impedimentos van orientados a restarle fuerza a los sindicatos, de manera tal que no cuenten con los fondos suficientes para hacer frente a una situación de conflicto más o menos prolongada. ¿Acaso en México existe una prohibición similar?

De Buen: Me da la impresión de que esa regla tiene su origen en la Ley mexicana de 1931 que prohibía categóricamente a los sindicatos realizar actividades políticas, inmiscuirse en asuntos religiosos y llevar a cabo operaciones con fines de lucro. Posteriormente se eliminó la prohibición de participar en política —si no recuerdo mal, esto lo hizo el general Cárdenas en el año '36 o '37— pero se mantienen en vigor las otras dos limitaciones.

Ahora, bien lo divertido del caso es saber cómo se puede impedir que un sindicato intervenga en asuntos religiosos. En México es frecuente que, una vez al año, los sindicatos hagan peregrinaciones a la Iglesia donde está la Virgen de su preferencia —sea la de Guadalupe, la de Zapopa y, en el Estado de Jalisco, la de los Remedios— ¿y quién les va a decir algo?. En el taller donde trabajan pueden ponerle un altar a la Virgen que quieran. La actividad religiosa es muy frecuente en los sindicatos mexicanos porque México es, teóricamente, un país católico y nadie se ha preocupado jamás en ponerles una multa por eso.

En lo que respecta a las actividades con fines de lucro hay muchas organizaciones sindicales que alquilan sus inmuebles por ejemplo, para teatros, y esto les da evidentemente una utilidad. Pero no se trata, en el fondo, de una especulación comercial sino simplemente de mantener activos que generen ingresos que sirvan a los fines del sindicato.

Lo que no me parece aceptable es que el sindicato se convierta en una empresa mercantil —directamente o a través de la compra de acciones— que tenga todas las características de una sociedad anónima. Al respecto creo que existe una evidente contradicción entre la norma legal que prohíbe los fines de lucro y la norma, que ahora es constitucional, que prevee la existencia de empresas de contenido social. Claro que entre la Constitución y la Ley esta última no tiene nada que hacer porque aquella se impone inexorablemente. En este momento daría la impresión de que se ha suprimido la prohibición de realizar actos lucrativos, si es que los lleva a cabo a través de una empresa

de interés social.

¿Qué hay en el fondo? Se supone que las empresas de interés social son para actividades industriales dirigidas a mejorar la calidad de vida de los trabajadores. Por ejemplo la C.T.M. —la Confederación de Trabajadores de México— adquirió las acciones de una fábrica de bicicletas en el Estado de Jalisco y se supone que con eso los trabajadores van a poder comprar bicicletas baratas, ahorrándose así el transporte incómodo de los camiones y autobuses. Tiene cierto sentido que se trate de empresas dedicadas a la producción o distribución de alimentos, ropa, etc., pues la especulación se disolvería en la finalidad social: abaratar el precio de las mercancías. Sin embargo, me pregunto si ése va a ser realmente el fin que se proponen o, si, por el contrario, y como ocurre muchas veces en el contrato colectivo, la empresa "x" se compromete a comprar ropa para sus obreros a la fábrica "y" que es propiedad de la C.T.M., y a lo largo de esos vericuetos se obtienen utilidades marginales que van más allá del fin social que se han propuesto.

Pero ésta es una de las cuestiones actualmente no resueltas, que no han sido planteadas enérgicamente y, lo que es más, da la impresión que el actual régimen de México —el de Miguel de La Madrid no quiere reglamentar ese tipo de empresas y ha dejado el tema en el aire. Pero en esas reglas hay una clara contradicción, como también la hay en el caso de la Comunidad Laboral Peruana.

Thémis: Algunos autores peruanos —como Bernales y Rubio— sostienen que esta prohibición que les impide dedicarse institucionalmente a actividades económicas con fines de lucro iba dirigida a debilitar el poder de los sindicatos, de manera que no cuenten con los fondos necesarios para sostener las ollas comunes en las épocas de huelgas prolongadas, por ejemplo. ¿Qué piensa usted al respecto?

De Buen: Aquí el problema hay que tratarlo desde diversos ángulos. En primer lugar, la pregunta se dirige a si los sindicatos no pueden obtener fondos de resistencia sino sólo a través de actividades mercantiles. Me parecería una respuesta muy pobre decir que no, creo que hay maneras de lograr fondos sin necesidad de entrar a la especulación comercial.

Por otra parte, ¿cuál es la finalidad de un sindicato? La Ley mexicana sigue una fórmula peculiar para ella ésta tiene por objeto el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses comunes; sin embargo, ¿ese estudio, ese mejoramiento y esa defensa se van a tener que realizar mediante actividades mercantiles que en sí mismas llevan implícitas la explotación de los trabajadores? Porque, ¿de dónde viene la utilidad de la empresa?, de la plusvalía de que no perciban utilidades los trabajadores. Entonces, para poder ayudar a los trabajadores los exploto —imagínense qué preciosidad de solución!

Esa es la gran paradoja y creo que lo que hay que buscar son formas de ingreso que no necesariamente deriven de la especulación mercantil. Los sindicatos pueden llevar a cabo actos de solidaridad, rifas, colectas de dinero en la calle o mil cosas más, pero no actividades mercantiles que en sí mismas implican la explotación de los trabajadores, porque entonces estaría la víbora comiéndose su propia cola.

Thémis: Se sostiene que la debilidad del movimiento sindical en países como el Perú tiene en gran medida su origen en la existencia de una profusa legislación que busca reglamentarlo todo, lo que lleva a que los trabajadores esperen que sea "papá Gobierno" quien les resuelva sus problemas, en lugar de ser ellos mismos. ¿Cree usted que hay una relación de causalidad entre ambos hechos?

De Buen: La debilidad de un movimiento sindical puede obedecer a múltiples razones. Las más importantes, desde luego, suelen ser la fuerza del Estado en contra de los movimientos sindicales; la del empresario; la falta de organización, —de unidad—, o de sensibilidad política de los sindicatos. No creo que su debilidad o fuerza tenga mucho que ver con el exceso o defecto de la legislación.

Lo que sí pienso es que, en el caso específico del Perú, sus problemas no son de exceso de legislación sino de absoluta confusión sobre sus alcances, pues aquella es tan dispersa, tan deshilvanada que conocer los derechos que tiene un trabajador en determinada situación resulta bastante complicado. Yo soy un gran partidario de la unificación de la legislación en un Código de Trabajo, creo que sería un instrumento de enseñanza y de guía para los trabajadores, aunque no pienso que de ello dependa la fuerza o debilidad de la organización sindical, las que deben encontrarse en raíces más profundas.

Puede haber una organización fuerte con una legislación dispersa o unificada; en el caso de Argentina hay un Código de Trabajo pero hay una legislación sindical muy dispersa; y sin embargo, tiene una organización sindical muy fuerte. La CGT argentina es enormemente poderosa. En Brasil, por el contrario, las leyes de trabajo están consolidadas prácticamente en un Código que es resuelto de la reunión de múltiples leyes; no obstante, las organizaciones sindicales no son tan poderosas.

Thémis: ¿Considera usted que la negociación colectiva debe ser estrictamente regulada en cada una de sus etapas como sucede en el caso peruano, o piensa que debe darse un margen de libertad a las partes, conforme a lo que propugna la OIT? ¿Cómo se da la negociación colectiva en México?

De Buen: La fórmula peruana no me gusta en absoluto. Es una vía administrativa de doble instancia y, en definitiva, con un sólo árbitro, el Ministerio de Trabajo, que es quien finalmente resuelve el conflicto.

El trato directo tiene un plazo breve, nadie lo utiliza adecuadamente pues todos esperan a las dos instancias y que "papá Gobierno" solucione el problema. No me gusta nada.

Una legislación demasiado detallista en materia de contratación colectiva la consideraría peligrosa, aunque sí creo que debe contener reglas generales, las suficientes. En México ha funcionado bien de esta manera y se considera inadecuado establecer plazos máximos de vigencia para cada etapa. Habría también que tomar en cuenta que, muchas veces, esa vigencia máxima en momentos de inflación, por ejemplo, llega a resultar muy incómoda. Los emplazamientos a huelga para la revisión del tabulador de salarios son legítimos únicamente una vez al año, pero la inflación obligaría a que, por lo menos, éstas sean trimestrales. Es evidente que todo esto puede generar injusticias, pero en una época sin crisis la vigencia de los tabuladores de salarios parecerían aceptable.

Otra regla se refiere al contenido del contrato colectivo de trabajo; éste deberá considerar lo referente a jornadas, salarios, días de descanso, vacaciones, reglas de capacitación y adiestramiento y, finalmente, lo que las partes acuerden, sin olvidar que se trata de un pacto para normar situaciones colectivas. Por todo esto, una legislación excesivamente concreta puede resultar incómoda; la ausencia de regulación, por el contrario, me parecería que no sería lo mejor en nuestro medio.

Yo aceptaría una legislación con los conceptos básicos, fundamentales, algo que permita a la clase trabajadora tener una especie de guía. No olvidemos los promedios de nivel de enseñanza en nuestro mundo hispanoamericano —supongo que el Perú no estará mucho mejor que México—. Nosotros tenemos, como promedio, tercer año de primaria, es decir, tres años y medio mal estudiados. Entonces, si dejamos todo en manos de la improvisación cuando hay una clase obrera con un nivel de instrucción tan bajo, ésta se verá en grandes problemas para llegar a resultados concretos; es necesario educarla a través de la ley.

Thémis: ¿Cuáles serían para usted las instancias de resolución en la negociación colectiva?

De Buen: Bueno, nosotros le damos una fuerza importantísima al trato directo. Claro que, cuando se trata de la celebración de un nuevo contrato colectivo, a ningún sindicato se le va a ocurrir llamar por teléfono al director de la empresa y decirle: "Oye, te voy a pedir un contrato colectivo", porque en ese momento este señor habla con su abogado y éste le hace firmar un contrato colectivo con un sindicato blanco, lo que es legalmente posible en México.

La primera noticia es, normalmente, el emplazamiento a huelga y a partir de éste se establece un derecho de preferencia de la organización sindical que emplazó. Aquí empieza el trato directo a través del

mismo procedimiento de huelga, el cual marca una etapa conciliatoria.

Además, por la importancia que la Ley y el Estado le dan a la conciliación, sus instituciones —como la Secretaría de Trabajo y Previsión Social— han creado organismos conciliatorios enormemente eficaces, mas no de arbitraje. El arbitraje es potestativo para el sindicato y se da normalmente dentro del procedimiento de huelga. En ese caso, el patrón puede negarse a someterse a éste si paga a los trabajadores sus indemnizaciones y da por terminada la relación laboral.

Nosotros no tenemos esa fórmula administrativa tan intensa que tienen ustedes, en México predomina fundamentalmente el trato directo; es un sistema eficaz que a mí me gusta.

Thémis: Dr. De Buen, quisiéramos insistir en el tema de los sindicatos. Usted afirmó que en México se había levantado la prohibición de que participaran en política, y en ese contexto, ¿cómo cree usted que podría viabilizarse esta participación?

De Buen: Explicaré primero cuál es la fórmula mexicana. En México, el Partido Revolucionario Institucional, conocido en el mundo como el PRI está conformado por tres sectores: el obrero, el campesino y el popular. El sector campesino lo integran las organizaciones de los trabajadores del campo, el popular son los pequeños comerciantes, profesionales, etc. y el sector obrero está constituido, evidentemente, por las organizaciones obreras que se supone han celebrado pactos de alianza con el Estado.

La verdad de las cosas es que esas organizaciones obreras no son precisamente representativas sino organizaciones con fuerza de control porque nuestro sindicalismo es muy mediatizado, muy controlado y totalmente subordinado al interés del Estado.

Es evidente entonces que los sindicatos cumplen una función política, pero al margen de su actividad propiamente sindical. Yo no creo que se pueda divorciar la política del sindicalismo, éste es una concepción política y me parecería absurdo pretender una despolitización de los sindicatos. No es lógico el sindicalismo químicamente puro, yo creo que debe ser político, básicamente político, sin confundir al sindicato con el partido político, cada cual tiene su esfera de acción, aún cuando los miembros de uno lo sean también del otro.

Thémis: Existe una propuesta del partido de Gobierno peruano que propugna precisamente una democracia más participativa a través de un Congreso Económico en el que participarían las fuerzas productivas del país y dentro de las cuales los trabajadores estarían representados por sus sindicatos. ¿Qué opinión le merece esta proposición?

De Buen: Según esta explicación entiendo que ese Congreso Económico estaría muy cerca de un totalitarismo y de un corporativismo que pueden resultar sumamente peligrosos, y ya que sus orígenes se remontan a los años treinta, por ahí asomaría la nariz el compañerito Mussolini, y en seguida los compañeritos Hitler y Franco. Eso puede propiciar el sindicalismo vertical, el corporativismo de Estado y, francamente, no muchas gracias.

Claro que esto no quiere decir necesariamente que no se dé la intervención vía, por ejemplo, la concertación social entre los sectores, como se ha dado en Italia, España, Alemania, Francia, Austria, etc. . . ., pero eso ya es otra cosa.

Thémis: ¿Qué piensa usted sobre la existencia de registros administrativos en países como Perú y México, los cuales otorgan personería o reconocimiento a los sindicatos pero que muchas veces son utilizados con criterios políticos?

De Buen: Exactamente la misma opinión que les produce a ustedes. Es un instrumento de control totalmente contrario a la libertad sindical. En México los sindicatos se pueden constituir sin permiso previo, sin embargo eso es una entelequia, porque tienen personalidad jurídica desde la constitución y luego deben registrarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje o ante la Secretaría de Trabajo, si son de registro federal, y es ese registro el que lo determina todo. Pues si la Secretaría del Trabajo o la Junta de Conciliación no les otorga el registro, los sindicatos no pueden actuar. ¿Por qué? Por una razón fundamental, porque el art. 692o., fracción cuarta de la Ley Federal del Trabajo, dispone que los representantes sindicales acreditarán su personalidad con el oficio de toma de nota expedido por la autoridad competente y sin ese oficio no hay representación acreditable. Existirá la personalidad moral pero no puede actuar, y con este difícilísimo equilibrio se juega al cumplimiento del Convenio 87 de la OIT, pero en realidad de manera descarada se vulnera y se viola ese Convenio. El registro de los sindicatos constituye, ciertamente, un instrumento de control político, y eso no me gusta.

Thémis: ¿Qué impresión le produce el hecho de que se establezcan limitaciones para que los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales formen sindicatos?

No se debería tener ninguna limitación mental respecto a que algunos quieran formar un sindicato pero, francamente, me parecería absolutamente contradictorio que en las Fuerzas Armadas, que deben ser mantenidas necesariamente bajo un régimen de estricta disciplina, se pudieran plantear pliegos de peticiones.

Yo fui soldado un año en México, al hacer el sei-

vicio militar, y tuve la experiencia de que allí lo único que sirve es la obediencia y ésta no puede darse con discusiones ni mucho menos. A veces aprender a obedecer por sí mismo es importante en la vida como disciplina. Yo no concebiría al sindicalismo dentro de una organización militar; sin embargo, me cuesta menos trabajo aceptarlo en la policía.

En Europa hay sindicatos de policías que funcionan bien; por lo tanto, en ese sentido, sí aceptaría la estructura de una organización sindical porque las condiciones son diferentes; en una está en juego la soberanía nacional, en otra está en juego la seguridad pública; pero la seguridad pública se puede manejar con mayor elasticidad, en consecuencia no tendría inconveniente en que las entidades de servicio público, como policías, bomberos, etc., tuvieran sus organizaciones sindicales y me parecería perfectamente

normal.

Thémis: En el Perú por disposición constitucional está prohibido que las Fuerzas Armadas y Policías puedan sindicalizarse y que ejerzan el derecho de huelga. Adicionalmente esta prohibición se extiende a todo el personal asimilado a dichos institutos, incluidos los obreros, médicos, profesionales y empleados. ¿Qué piensa usted al respecto?

De Buen: Evidentemente que ésta es una extensión indebida de una limitación discutible, no en el caso de las Fuerzas Armadas pero sí en el caso de la Policía, y mucho más si ésta se quiere ampliar a servidores civiles de la Policía. No estoy de acuerdo en que se limite su derecho en absoluto.

MUCHAS GRACIAS

Celebremos
juntos
Todos
juntos los



Vigencia del PROEM

Luis Arbulú Alva

Ex—profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Vocal Suplente del Tribunal de Trabajo de Lima

Desde la creación del Programa Ocupacional de Emergencia (Decreto Supremo 018—86—TR) se ha venido cuestionando su validez legal frente a los alcances de la Ley de Estabilidad Laboral No. 24514 y Decreto Ley No. 18138, este último regulador de los contratos a plazo fijo, ambas normas de jerarquía superior.

Específicamente la preocupación reside en que a través de una acción judicial planteada por trabajadores cuyos contratos PROEM venzan, puedan exigir su permanencia en el empleo o sea su plena estabilidad ante la incompatibilidad del Decreto Supremo antes indicado frente a los principios constitucionales y al Decreto Ley No. 18138.

En cuanto a la aparente contradicción en la jerarquía de las normas legales, frente a la vigencia del Decreto Supremo No. 018—86—TR, consideramos que no se trata estrictamente de un conflicto, pues el Decreto Supremo antes indicado no tiene naturaleza común y ordinaria.

En efecto, de los considerandos del indicado dispositivo legal se desprende que el mismo se expide bajo el amparo del artículo 211, inciso 20 de la Constitución, el mismo que señala lo siguiente:

“Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: 20) “Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso”.

La norma Constitucional antes precisada faculta al Poder Ejecutivo a expedir normas que contienen medidas de emergencia y extraordinarias. Lo extraordinario de la medida tendría como efecto final la posibilidad de suspender o limitar los efectos de una ley, como se trataría en el caso del PROEM.

Así el Decreto Supremo No. 018—86—TR es extraordinario no sólo por su alcance temporal sino porque permite al empleador de eximirse de las obligaciones que establece por ejemplo el Decreto Ley 18138. Este es el efecto expreso y concreto de la norma y desde este punto de vista es válida la norma. También lo extraordinario se concreta a una acción legal definida para superar el problema del desempleo que agobia al país y de esta manera mejorar el nivel de vida de la población. El camino legal—económico encuadraría en la norma.

Por ello el dispositivo de la constitución alude a la materia económica y financiera e interés nacional como condicionante de las facultades extraordinarias que el Presidente de la República pueda hacer efectivas. Aún cuando no esté definido con precisión y exactitud en otro dispositivo legal posterior que es lo que debe entenderse como materia económico—financiera, no puede dejar de considerarse que una de las materias de mayor incidencia económica a nivel nacional es la laboral para mejorar el status y nivel de vida de la población.

En uno u otro caso resulta obvio que el Poder Ejecutivo ha considerado que el Programa Ocupacional de Emergencia—Proem está comprendido en una de las materias señaladas en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, y es suficiente para considerar que, en efecto, se trata de una medida extraordinaria con eficacia y alcances suficientes para eximir a los empleadores de las obligaciones previstas en leyes anteriores.

A ello debe agregarse también que se trata de un Decreto Supremo válido en tanto que ha sido expedido por quien detenta la atribución correspondiente y no por otro órgano, de modo que su vigencia y eficacia son indiscutibles, salvo que el Poder Judicial declare lo contrario.

El Poder Judicial tiene la facultad para declarar la ineficacia de un Decreto Supremo ante la petición de cualquier ciudadano, mediante la denominada "Acción Popular" señalada en el artículo 295 de la Constitución Política. Aún cuando no hay una legislación específica sobre la materia, entendemos que en el caso que el Poder Judicial llegara a declarar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo No. 018-86-TR los efectos de tal declaratoria no podrían ser retroactivos; es decir, la declaratoria e ineficacia sólo surtiría efecto desde el momento de su expedición.

De otro lado, habiéndose facultado al Fuero de Trabajo su intervención en un asunto de esta naturaleza —como conformante del Poder Judicial— estimamos que mientras el Poder Judicial no declare en última instancia lo contrario, el Decreto Supremo es aplicable y dada la circunstancia del contenido de medidas extraordinarias preserve al empleador respecto del

cumplimiento de obligaciones contrapuestas que pudieron originarse inclusive en períodos anteriores.

Ahora bien, ello no excluye desde luego que el propio Presidente de la República en cualquier momento pueda dejar sin efecto el mencionado decreto supremo, lo cual evidentemente desnaturalizaría los alcances del sistema y crearía un clima de inseguridad jurídica.

Dentro de este planteamiento, para evitar cuestionamientos e implicancias legales, podría el Congreso de la República dar fuerza de ley al Decreto Supremo indicado, con lo cual el asunto quedaría definitivamente concluido, precisando algunas disposiciones complementarias para ser más viable el beneficio del régimen del PROEM cuyos resultados evidentemente han sido positivos.

Lima, 28 de Enero de 1988.

ALFOMBRAS



ALTEX S.A.

FABRICA DE ALFOMBRAS

El mas amplio surtido de calidades y colores para su casa o su oficina

"33 Años de Experiencia"

Solicite Presupuesto
o visite nuestra sala de ventas al público

LOS NEGOCIOS 433
(SURQUILLO)

☎ 41-0766 41-0630

La sociedad anónima por dentro

César Luna—Victoria L.

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

REFLEXION INICIAL:

El lugar común es aquel que todo el mundo conoce pero de un modo superficial y que con ese sólo nivel de conocimiento se pretende afirmar que se le conoce real y profundamente. Los lugares de interés turístico son lugares comunes. Quien ha subido a la Torre Eiffel dice que conoce París, quien ha visitado la Estatua de La Libertad, dice que conoce New York y quien pasea por Machu Picchu afirma conocer el Perú. Algo de eso ocurre con la sociedad anónima: hay frases típicas como “una acción un voto” o “una acción una cuota de dividendos” que parecen resumir toda la filosofía e información necesaria para conocer la sociedad anónima. Pero, como los lugares turísticos, no son suficientes. Aún más, pueden llevar a equívocos importantes para el manejo del negocio.

Propongo visitar esos “lugares comunes” de la sociedad anónima pero deteniéndonos en ellos para conocerlos mejor “por dentro”. La Sociedad Anónima es una sociedad de capitales, esto significa que la organización interna de la sociedad y el ejercicio de los derechos de los socios en la gestión, utilidades y el saldo de liquidación patrimonial de la sociedad se rigen por el monto del aporte del accionista a la formación del capital social, sin importar por ello las condiciones personales del socio. De este modo, el capital de la Sociedad Anónima está representado en acciones y se integra por aporte de los socios quienes suscriben y pagan el valor de tales acciones. Serán estas acciones representativas del aporte al capital social las que concederán a su titular (esto es, al accionista) la condición de socio y determinarán el nivel de derechos que éste puede ejercer dentro de la sociedad.

Como consecuencia directa de esta preminencia del aporte del capital, sólo los accionistas tienen derecho en la Sociedad, ya que no se pueden emitir acciones que no respondan a una efectiva aportación al capital de la Sociedad. La Sociedad Anónima, en ese contexto, aparece contradictoriamente como demo-

crática y elitista. Es democrática porque el aporte de capital iguala a los aportantes en la proporción de sus aportes. Es elitista porque quienes no efectuaron aportes, resultan excluidos de la Sociedad.

Este parece ser el resumen que, desde el lugar común, se haría de la Sociedad Anónima. Sin embargo, las ideas centrales y obvias de la Sociedad Anónima, tal como han sido precisadas, no resultan necesariamente ciertas, al menos en todos los casos.

1. “UNA ACCION UN VOTO”

En principio, cada acción otorga a su titular el derecho a un voto en las sesiones de la Junta General de Accionistas. Hay, por cierto, una excepción que es el supuesto en que se decide elegir al Directorio con “representación de la minoría”, en cuyo caso una acción otorga a su titular tantos votos como Directores deban elegirse, pudiendo este accionista acumular tales votos en uno o más de sus candidatos, según está regulado en el Art. 158 de la Ley General de Sociedades (Texto Unico Ordenado, aprobado por D.S. No. 003—85—JUS, en adelante simplemente “la Ley”). Pero ésta no es una excepción a la regla, es simplemente otro modo de implementarla, porque a igual acción igual número de votos.

Las excepciones son otras y las comento a continuación:

a) Las diferentes clases o series de acciones.

El caso más claro es la existencia de diversas clases de acciones o de series de acciones que a pesar de tener cada una de ellas igual valor nominal (esto es, representar igual aporte a la formación del capital social), pueden conceder diferentes derechos, incluido, como es evidente, el derecho en la gestión de la Sociedad.

Otra variante es la de clases o series de acciones de diferente valor nominal pero que conceden iguales

derechos, tal como están previstos en el Art. 105 de la Ley. En uno u otro caso, la democracia del aporte queda enervada: a igual aporte no necesariamente igual derecho en la gestión. Sin embargo, esta situación tiene explicación, por cierto, vinculada al carácter capitalista de la Sociedad.

En efecto, en economías como la nuestra con proceso inflacionario, la oportunidad del aporte es tanto o más importante que el aporte mismo, porque por el simple transcurso del tiempo una misma cantidad nominal aportada antes tiene un valor referencial en capacidad de adquisición mayor que esa misma cantidad nominal aportada después. En castellano simple: un inti aportado hace un año vale más que un inti aportado hoy.

Este mismo efecto puede presentarse sin considerar el aspecto inflacionario, sino atendiendo al proceso del desarrollo de la empresa que ejecuta la Sociedad Anónima, donde en una oportunidad más que en otra el aporte del capital puede ser "más útil" (esto es, más rentable), determinando que un aporte por el mismo "valor nominal" pueda representar un mayor o menor "valor específico" en función de la mayor o menor rentabilidad que pueda generar.

Es cierto que existen mecanismos para reducir esta incidencia. Un mecanismo es la emisión de acciones con prima por la que el accionista, además del valor nominal de la acción que suscribe, debe abonar una suma adicional que es la "prima".

La emisión de acciones con prima no está regulada en la Ley, pero sí está prevista en los Arts. 103 y 258 de la misma. Este mecanismo compensa, en cierto modo, la diferencia de capacidad adquisitiva que pueda existir entre el valor nominal de aportes antiguos con los actuales. Pero la compensación sólo opera considerando el aspecto económico y no afecta el derecho de gestión.

Otro mecanismo para reducir la diferencia por la oportunidad de aportes es la capitalización del excedente de revaluación de bienes del activo fijo. Como se conoce por principios de contabilidad, los bienes en general y los del activo fijo en especial, son registrados a su "costo histórico", esto es, al valor de adquisición o fabricación. Por el transcurso del tiempo, en economías inflacionarias, tales bienes valen más que el "valor histórico" con el que fueron registrados, produciéndose una diferencia de valor que pretende ser ajustada mediante la revaluación, que no es sino el proceso de "volver a valorar" los bienes. La diferencia entre el valor neto del bien antes y después de la revaluación se conoce como "excedente" que, luego de compensar pérdidas acumuladas, debe ser capitalizado. El aumento de capital que se produce por esta capitalización determina gratuitamente en favor de los accionistas un incremento del valor nominal de las acciones o la emisión liberada de nuevas acciones. Con este mecanismo, los accionistas de algún modo

también han logrado revaluar su aporte. Pero el mecanismo por revaluación es imperfecto, porque su regulación es básicamente tributaria (Decreto Ley No. 21694 y Decreto Supremo No. 010-87-EF) y no del Régimen de Sociedades, con lo que por razones de estricta política fiscal, las tasas de revaluación no necesariamente "ajustan" la diferencia del valor de los bienes.

De otro lado, la revaluación se practica sólo sobre los bienes del activo fijo, lo que tampoco necesariamente garantiza una revaluación del aporte en función de su valor de adquisición en la oportunidad en que se efectuó.

Por estas consideraciones, entre otras, el Régimen de la Sociedad Anónima ha previsto que estas diferencias en la oportunidad del aporte puedan ser compensadas con diferentes clases o series de acciones que dan lugar también a diferentes derechos.

b) Valor suscrito y valor pagado.

La frase "una acción un voto" es equívoca porque no considera que la acción tiene un valor nominal (el valor suscrito) que no necesariamente se encuentra totalmente cancelado, ya que para suscribir la acción basta el pago del 25 o/o de su valor nominal conforme al Art. 72 de la Ley y al Art. 43 del Reglamento del Registro Mercantil.

En tal virtud, pueden existir acciones cuyo valor pagado sea distinto al valor suscrito. Desde este punto, hay que considerar que la Ley ha establecido criterios diferentes para optar decisiones en la Junta General de Accionistas.

Para adoptar acuerdos comunes vale lo de "acción un voto", porque tales acuerdos se adoptan por la "... mayoría absoluta de las acciones concurrentes", esto es, por el valor suscrito de las acciones, según el Art. 133 de la Ley. Sin embargo, los acuerdos más importantes y trascendentes en la vida de la Sociedad (me refiero al aumento y disminución del capital, emisión de obligaciones, transformación, fusión, disolución y, en general, cualquier modificación del Estatuto) no se adoptan según el número de las acciones sino por el valor pagado de éstas, ya que se requiere para estos casos, el voto favorable de "... la mayoría absoluta del capital social pagado", conforme al Art. 134 de la Ley.

En este contexto, una acción totalmente pagada tendrá un efecto en votos de cuatro veces el efecto de otra acción del mismo valor nominal, pero pagada sólo en el 25 o/o de este valor.

c) Accionistas sin voto.

Ocurre también que el aporte de capital y la titularidad de una acción no necesariamente conceden

derecho de gestión, al menos no en todos los casos. Comentaré tres de éstos.

El primero es el más conocido y es el supuesto en que el accionista no puede ejercer el derecho de voto en aquellos asuntos en los que tuviera interés en conflicto con la Sociedad, según lo regulado en el Art. 139 de la Ley.

El segundo caso se presenta cuando el nuevo adquirente de una acción no tiene inscrito su derecho en el Libro de Registro y Transferencia de Acciones con más de dos días de anticipación a la celebración de la Junta General de Accionistas, ya que para asistir a esta sesión y, consecuentemente, ejercer el derecho de voto, se requiere haber estado inscrito en ese registro hasta dos días antes a la celebración de la Junta, según el Art. 130 de la Ley. Esta es una circunstancia curiosa porque los derechos derivados de la acción se transfieren en momentos distintos. El derecho de la percepción de dividendos, por ejemplo, se transmite al nuevo accionista desde la fecha de transferencia, aún cuando la transferencia del título de la acción y/o de la condición de accionista no haya ocurrido todavía¹.

Contrariamente, el derecho de gestión sólo se adquiere después de dos días de estar inscrito en el Libro Registro y Transferencia de Acciones, aún cuando la transferencia de la acción y/o de la condición de accionista haya ocurrido mucho antes².

Un tercer y reciente caso, es el regulado para las "Sociedades Anónimas Abiertas", conforme al D.S. No. 089-87-EF. Según la normas son "Sociedades Anónimas Abiertas" aquellas que tengan sus acciones ordinarias inscritas en bolsa y que no menos del 30 o/o del capital sea de propiedad de no menos 50 accionistas y que cada uno de éstos no posea más del 3 o/o del capital social. También son "Sociedades Anónimas Abiertas" aquellas en que más del 50 o/o del capital social se encuentra representado en acciones preferentes "sin derecho a voto" colocadas en bolsa entre un número de accionistas mayor a 100.

En este último caso, existen accionistas con apo-

te efectivo de capital pero sin derecho a voto, que es compensado por una renta preferencial garantizada de por lo menos el 50 o/o de la tasa de interés para operaciones activas a largo plazo del sistema financiero. Si la Sociedad obtiene utilidades, la renta preferencial constituye pago a cuenta de dividendos, en tanto a que si ha generado pérdidas o se han obtenido utilidades inferiores al monto de la renta preferencial, el monto no cubierto con las utilidades podrá ser deducido como gasto del ejercicio por la Sociedad, lo que permitirá recuperar la renta preferencial con utilidades futuras liberadas de impuestos.

No obstante, estas acciones preferenciales conceden de algún modo derecho de voto cuando se suspende en bolsa la cotización de los títulos de la Sociedad, porque en este caso se requiere que el acuerdo de Junta General de Accionistas cuente con el voto aprobatorio de, por lo menos, el 30 o/o de acciones preferentes en los casos de transformación, fusión o disolución de la Sociedad, traslado de la sede, retiro de la cotización de bolsa de los títulos de la Sociedad y reducción de capital.

La "Sociedad Anónima Abierta" está aún pendiente de regulación en el país. Sin embargo, es importante considerarla como tendencia porque privilegia mecanismos de captación de capital, garantizando una rentabilidad mínima sin preocuparse, mayormente, del derecho de gestión³.

d) No accionistas con voto.

La Sociedad Anónima no ha excluido la participación de trabajadores en las utilidades, pero no ha precisado si la participación también es posible a nivel de gestión.

Claro que la Ley no recoge planteamiento alguno de cogestión y mucho menos de autogestión de los trabajadores. La participación de los trabajadores no opera en la perspectiva de la Ley como un derecho por razón del trabajo sino como una concesión (gratuita u onerosa) de los accionistas.

1. Véase, por ejemplo, el Art. 18 del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa aprobado por Resolución CONASEV No. 130-83-EFC/94.10 interpretado por la Resolución CONASEV No. 143-85-EF/94.10 que establece que el accionista adquirente tiene derecho a dividendos desde el día mismo de la operación de adquisición, entendiendo por tales a aquellos que pueden ser exigibles a partir de esa fecha. Como consecuencia, los dividendos exigibles antes de la fecha de venta corresponden al accionista transfiere.
2. El problema es mucho mayor y debe ser abordado en el tema de la transferencia de la condición de accionista. Existe polémica: se discute si se trata la transferencia de un título—valor (la acción lo es), de un bien mueble (el título de la acción también lo es) o de un derecho (la condición de accionista). Para cada opción hay regulaciones y requisitos distintos. También está el problema de la responsabilidad e implicancia de los representantes de la Sociedad por no haber emitido los títulos de las acciones o por no haber inscrito la emisión y transferencia de las acciones en el Libro de Registro. Lamentablemente, el propósito del artículo no permite extender ni profundizar estas inquietudes.
3. Véase por ejemplo, George Ripert "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno" en que analiza al accionista en su verdadero rol de un inversionista, más preocupado por la rentabilidad del aporte efectuado que en la gestión de la Sociedad, a cuyos Directores y Gerentes delega esa función, lo que determina una dualidad de poderes. Con el tiempo, según Ripert, será la administración y dirección de las Sociedades y grandes Corporaciones las que ejercerán la gestión de las Empresas sobre el ficticio poder de gestión de los accionistas. Desde esta perspectiva, el diseño de las "Sociedades Anónimas Abiertas" no haría sino confirmar esta tendencia al formalizar una figura de accionistas privados del derecho de voto.

Por ejemplo, el Art. 119 de la Ley permite representar en títulos "... las participaciones acordadas a los trabajadores ..." precisando que no tienen el carácter de acciones. Sin embargo, soy de opinión que las "participaciones" en favor de los trabajadores se restringen a los beneficios económicos, esto es, a la participación en utilidades y, eventualmente, al saldo de liquidación patrimonial. La Ley no ha previsto mecanismo para extender esta "participación" a la gestión.

Cabe recordar que cuando las leyes sectoriales de promoción a los sectores productivos (Ley General de Industrias, Minería, de Pesquería y de Telecomunicaciones) establecen la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas en que laboran, no violentan necesariamente el factor de capital que rige la Sociedad.

Si tomamos como ejemplo la sociedad anónima dedicada a la actividad industrial, se verá que cuando se planteó el régimen de co-gestión (Decretos Leyes Nos. 18350 y 18384), la ley otorgó a los trabajadores un porcentaje de utilidades que, en lugar de ser retiradas de la Sociedad y distribuidas entre los trabajadores, permanecían en la Sociedad capitalizándolas como aporte de los mismos trabajadores y emitiendo acciones en favor de la Comunidad Industrial que los representaba.

En esa primera experiencia, la participación de los trabajadores en la gestión no provenía por el hecho del trabajo sino por ser titulares de acciones y, como tales, participaban en la Junta General de Accionistas y elegían Directores.

Posteriormente, el régimen se modificó (Decreto Ley No. 21789) diferenciando las cuentas del capital, para cuyo efecto reservó la cuenta "capital social" para integrar los aportes de los accionistas y creó una nueva cuenta a la que se denominó "cuenta participación patrimonial del trabajo" para integrar los aportes que se patrimonializan por cuenta de los trabajadores.

Cada cuenta también da origen a títulos distintos: por los aportes al "capital social" se emiten acciones en tanto que por los aportes a la "cuenta participación patrimonial del trabajo" se emiten acciones laborales.

Los trabajadores al no ser más propietarios de acciones comunes ya no participan en la Junta General

de Accionistas, pero mantienen el derecho de designar Directores en proporción a la participación de sus aportes en el patrimonio de la Sociedad. Es evidente que el derecho de gestión se ha reducido, pero aún en este caso, el derecho se justifica y se implementa por existir un aporte previo⁴.

Sin embargo, sí existe en la Ley un caso muy claro de personas que no siendo accionistas tienen derecho a voto en la Junta General. Se trata de los antiguos socios cuyas acciones fueron reembolsadas (esto es, que han recibido la devolución de su aporte y que por lo tanto ya no son accionistas) y que en sustitución han recibido "títulos de goce". Estos títulos pueden dar derecho a voto si el Estatuto lo prevé de modo expreso, interpretando a contrario el Art. 119 de la Ley.

2. "UNA ACCION, UNA CUOTA DE DIVIDENDOS"

También en principio cada acción da derecho a una cuota de dividendo, de tal suerte que a igual número de acciones igual importe de participación en las utilidades de la Sociedad. Sin embargo, la Ley, al menos en su texto sino en su espíritu, ha previsto hasta tres fórmulas distintas para participar en las utilidades.

Un primer caso, es la distribución efectiva de dividendos a los accionistas que se realizan "... en proporción a las sumas que hayan desembolsado y al tiempo de su integración al capital social", según la norma del Art. 259 de la Ley. Esto significa que el criterio rector para la distribución de dividendos no es la acción (valor suscrito) sino el valor pagado de ésta y, más precisamente, la oportunidad en que se efectivizó el aporte.

Adoptemos el ejemplo de dos accionistas A y B que al 1.º de enero de cualquier año suscribieron cada uno una acción de 1/. 100.00 de valor nominal y que A pagó íntegramente dicho valor, en tanto que B sólo lo hizo en el mínimo del 25 o/o permitido. Al final de ese año B cumplió con cancelar el valor de su acción con lo que, en marzo siguiente en la Sesión Ordinaria de Junta General de Accionistas, ambos socios concurrirían con acciones con igual valor suscrito y pagado. No obstante, si se decidiera distribuir dividendos por 10 a A le correspondería 8 y a B sólo 2; porque estos 10 de utilidades se distribuyen en propor-

4. Será importante analizar el derecho de gestión de los trabajadores en aquellos casos en que no exista aportaciones, sea porque la empresa no ha generado utilidades que puedan ser patrimonializadas por cuenta de los trabajadores o porque éstos han optado por un régimen en que sólo tienen derecho a participar de las utilidades mas no en el patrimonio. En cualquiera de los casos, la ley concede a los trabajadores el derecho a designar representantes que se integran como Directores de la Sociedad. Este tema plantea la problemática de la identidad entre la Sociedad (que como persona jurídica es un ente que se relaciona con sus socios) y la empresa (que como realidad económica integra también a los trabajadores). La pregunta sería ésta: la participación de los trabajadores en el Directorio, sin aporte como contrapartida, violenta la estructura de la sociedad anónima o es más bien una participación distinta del nivel de la sociedad y más propia de la empresa, aunque el órgano de gestión sea el mismo. Lamentablemente, como en el caso precedente, éste es un tema que sólo puede quedar planteado dentro de los límites de este artículo.

ción al tiempo de integración de los aportes del capital social. Conforme a esta regla, toda esa utilidad de 10 fue producida por un capital pagado de l/. 125.00 de los que l/. 100.00 corresponden a A y sólo l/. 25.00 a B (en rigor, los l/. 75.00 que cancela B al final del ejercicio no pudieron ser utilizados en el negocio).

Hay pues una relación de 4 a 1 y en esa proporción se distribuirán los dividendos. Esto parece muy lógico, porque el aporte efectivo es el que en realidad ha sido trabajado para generar la utilidad. El valor suscrito y no pagado importa poco en este objetivo. Sin embargo, otra es la regla que se utiliza para capitalizar utilidades. En este caso la capitalización opera "... mediante el traspaso de las cuentas de reserva a la de capital y entrega a los accionistas de nuevas acciones en proporción a las que ya poseen y sin exigirles desembolso alguno ..." tal como está normado en el Art. 217 de la Ley.

En nuestro ejemplo, conforme a la regla comentada, los mismos 10 de utilidad si en lugar de ser distribuidos como dividendos fuesen capitalizados a A y a B les tocaría a cada uno el 50 o/o de esas utilidades. Esto es, 5 a cada uno porque los 10 se distribuyen en función del número de acciones.

Por qué la diferencia? Por qué en un caso se distribuyen en función de la oportunidad de pago al aporte y en el otro en función del valor suscrito, igualando en derechos accionistas con igual valor suscrito en acciones pero con diferente valor pagado?

Existe un último caso que introduce una modalidad distinta. Se trata de la distribución del saldo de liquidación, que se aplica primero para reembolsar las mayores cantidades pagadas por determinados accionistas, para luego distribuirse en proporción al importe nominal de las acciones conforme al Art. 378 de la Ley. Tenemos en consecuencia, tres reglas distintas para tres casos que, en el fondo, son lo mismo: la distribución de utilidades del ejercicio o utilidades acumuladas.

3. LA LOGICA DE INVERSION

La Sociedad Anónima es también un mecanismo para captar capitales y esta lógica debe tenerse presente para interpretar las normas de la Ley. Quisiera con ese propósito comentar tres supuestos. El primero es la obligación de constituir la reserva legal cuando "... la Sociedad obtenga en el ejercicio económico utilidades líquidas, deducidos los impuestos, superiores al 7 o/o del capital pagado ..." para cuyo efecto deben "... detracer un 10 o/o de esas utilidades" que integran la reserva legal comentada conforme al Art. 258 de la Ley.

El problema es precisar sobre qué monto aplicamos esa tasa de 10 o/o: sobre el total de utilidades o sobre aquella parte de las utilidades que exceden el 7 o/o del capital pagado. Si se interpreta literalmente la norma, el artículo indefinido "esas" hace referencia al

total de utilidades y así lo ha impuesto la práctica. Pero sugiero que, de acuerdo con la lógica de inversión, la detracción no debiera practicarse sino sobre las utilidades que exceden ese 7 o/o del capital pagado. Analicemos un ejemplo, donde una Sociedad con 100 de capital pagado ha tenido utilidades de 7.10, esto es, que exceden el 7 o/o del capital pagado:

Criterio	A reserva legal	Utilidades Distribuibles
10 o/o total utilidades	10 o/o de 7.10 = 0.71	7.10 - 0.71 = 6.39
10 o/o exceso de 7	10 o/o de 0.10 = 0.01	7.10 - 0.01 = 7.09

Se aprecia que, si se adopta el criterio del 10 o/o de utilidades, las utilidades distribuidas se reducen a 6.39. Si otra Sociedad, en lugar de haber generado 7.10 de utilidades sólo hubiese generado 7.00 no tendría obligación de formar la reserva legal y la Sociedad podría distribuir íntegramente esas utilidades de 7.00. En esta comparación, la primera Sociedad que obtuvo más utilidades distribuye menos utilidades que la segunda. Para evitar este trato no equitativo, sugiero como más idónea que la reserva legal se forme sólo sobre las utilidades que exceden el 7 o/o del capital pagado, de tal suerte que, en nuestro ejemplo pueda distribuir utilidades por 7.09, esto es, siempre más utilidades que aquella otra que no está obligada a formar reserva legal.

De otro lado, sugiero también que la norma debiera haber establecido un porcentaje variable sobre el capital pagado y no el porcentaje fijo de 7 o/o. Me explico, el 7 o/o tuvo sentido en 1966 cuando se promulgó la antigua Ley de Sociedades Mercantiles, cuyas normas básicamente han sido mantenidas al ser integradas a la vigente Ley. Tuvo sentido ese 7 o/o, porque había una economía estable, no inflacionaria y porque la tasa más segura de rendimiento del mercado (tasa de ahorro) era por aquella época de 5 o/o. De tal suerte que, regular Sociedades con utilidades que superasen el 7 o/o del capital pagado, suponía regular Empresas con márgenes razonables de utilidad. Un 7 o/o de rendimiento sobre el capital pagado era reconocer un rendimiento equivalente a 1.4 veces (el 140 o/o) de esa tasa más segura de inversión de 5 o/o.

Hoy día, que la tasa de ahorro es de 40 o/o, la obligación de constituir reserva legal debiera proceder sólo cuando las utilidades superen el 56 o/o del capital pagado y ese porcentaje podría ser mayor aún si la tasa de ahorro de 40 o/o no fuese negativa (por debajo de la inflación anual).

Actualmente, obligar a las Empresas a constituir reserva legal cuando han superado el 7 o/o del capital pagado pero están por debajo de tasas negativas de ahorro (como el 40 o/o comentado) importa, en rigor, regular Empresas con pérdidas reales; porque tales utilidades sólo son nominativas y no han recupera-

do el valor del capital que se ha depreciado por la inflación. Por ello, en este punto estimaría que lo ideal también debiera ser fijar un porcentaje variable utilizando la fórmula, por ejemplo, de "utilidades que superen un porcentaje del capital social equivalente al 140 o/o de la tasa ahorro"

Igual lógica debiera aplicarse para el segundo caso que quiero comentar, relativo a la obligación de distribuir cuando menos el 50 o/o de las utilidades líquidas (deducidos impuestos y reserva legal) cuando excedan el 7 o/o del capital pagado y así lo exijan accionistas que representen cuando menos el 20 o/o del capital pagado, tal como está normado en el Art. 260 de la Ley.

El tercer caso es el regulado para la formación del Consejo de Vigilancia en aquellas Sociedades que, entre otros requisitos, cuenten con un capital no menor a I/. 20,000 tal como se señala en el Art. 188 de la Ley (la norma alude a S/. 20'000,000). Como es evidente, la cifra que en 1966 era equivalente a US\$ 740,740, hoy ha quedado ampliamente superada. La Ley debiera, también en este punto, introducir criterios de indexación.

4. REFLEXION FINAL

Como es evidente, podemos comentar muchos

otros aspectos pero la muestra es representativa para percibir en la Sociedad Anónima una figura jurídica en transformación (por ejemplo, el caso de las "Sociedades Anónimas Abiertas"). También ha servido para apreciar que las regulaciones sobre la Sociedad Anónima son mucho más técnicas y complejas de lo que se percibe superficialmente desde los lugares comunes. Tal vez lo mejor sería reservar la forma de Sociedad Anónima para los grandes negocios y las grandes Empresas que requieran captación de importantes sumas de capital; allí sí se justificaría regular mucho más técnica y en toda su complejidad a la Sociedad Anónima, modernizándola para que capte los capitales necesarios, conforme a las características de nuestro mercado.

Para los otros negocios y empresas existen las otras formas sociales más simples y más accesibles. Tal vez sea necesario un segundo artículo sobre "La Sociedad Anónima por fuera" comparándola con otras sociedades, difundiendo la funcionalidad de estas últimas y evitando que, por conocimiento simple (o por desconocimiento), las personas sigan optando masivamente por la Sociedad Anónima para todo tipo de negocios, incluso para los más pequeños y familiares. También será necesario apoyar a THEMIS en su esfuerzo por convocar un conversatorio sobre Sociedades para analizar estos y muchos otros aspectos.



La Fénix Peruana

COMPAÑIA DE SEGUROS

El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad

Juan Monroy G.

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres

La ciencia procesal civil es, desde una perspectiva histórica, una ciencia relativamente reciente. Sin desconocer los aportes de la doctrina alemana de mediados del siglo pasado, suele aceptarse pacífica y románticamente que su nacimiento ocurre en un lugar y momento determinado.

El 3 de febrero de 1903, al iniciarse el año lectivo en la Universidad de Bolonia (Italia), un profesor de la Facultad de Derecho fue encargado del discurso de apertura. El discurso —llamado proluación—, se tituló: “La acción en el sistema de los derechos”. El profesor expositor se llamaba Guiseppe Chiovenda. La solidez y claridad con que demostró el carácter autónomo del derecho de acción respecto del llamado derecho material o sustantivo, así como la extraordinaria capacidad de convocatoria del Maestro boloñés, fueron determinantes para concederle a la exposición la calidad de momento estelar en la historia del derecho que es, de muchas maneras, la historia del hombre. Este es el punto de partida de la ciencia procesal civil.

En un primer momento, la joven ciencia debió continuar siendo tributaria del Derecho Civil —del cual sólo era considerada una disciplina menor—, tanto en materia de conceptos como en explicaciones en torno a la naturaleza jurídica de las nuevas instituciones procesales.

La elaboración de un sistema procesal fue producto de un lento proceso de formación e inventiva, en el que connotados discípulos de Chiovenda —siguiendo su ruta o abriendo otras— desarrollaron categorías, instituciones y estructuras procesales que han consolidado la ciencia reciente.

Lo expresado explica por qué en las primeras décadas del presente siglo, algunos especialistas en Dere-

cho Civil —civilistas— todavía escribieron obras de su especialidad en los que el proceso civil tiene su lugar al final del libro. Sin embargo, no debe olvidarse que la aproximación de estos juristas al proceso civil implica una opción tradicional y —en rigor— **pre-científica**.

Ejemplo de una obra civilista con un “apéndice” procesal, es “Doctrina General del Derecho Civil”¹ de Nicolás Coviello. Su Quinta Sección, la última, se denomina: Ejercicios y defensa de los derechos. Del nombre dado a la Sección se advierte que para el profesor de la Universidad de Catania, el proceso civil sólo es la expresión dinámica de los derechos civiles que explicó en las primeras cuatro Secciones de su libro.

En el último medio siglo son raras las obras de derecho civil que acometen temas de proceso civil, pues la especialidad y el rigor científico se han impuesto. Por eso es singular el libro “La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano”² del doctor Fernando Vidal Ramírez.

Desarrollar temas de proceso civil desde una perspectiva civilista —menos del 10 o/o de los autores consultados son procesalistas— a fines del siglo XX, es un mérito, pero sin duda también un riesgo. A continuación se intentará un análisis de algunas afirmaciones del autor en materia procesal.

SOBRE LA ACCION

El doctor Vidal inicia el tratamiento de esta categoría procesal, **adhiriéndose**³ al concepto de acción de Couture. Para tal efecto, recoge la siguiente definición del Maestro uruguayo: “... poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos

1. Ed. UTEHA, México, 1949.

2. Ed. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985

3. Vidal, Fernando, op. cit., p. 54.

jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”.

El concepto acción fue una de las categorías más discutidas por la ciencia procesal civil en sus inicios. Su explicación por parte de los procesalistas de hace medio siglo, determinó que cada quien postulara su propia definición, generando disputas académicas interminables y muchas veces inútiles.

El derecho de acción fue definido por Chiovenda —el fundador— como un derecho potestativo concreto. Desde aquella definición mucho se ha escrito y dicho sobre la materia. Hoy se admite que el postulado chiovendiano es sólo un punto de partida histórico para la precisión científica del derecho de acción. Precisamente el concepto de acción como poder es un derivado del concepto acción como derecho potestativo.

Ahora bien, no se crea que el doctor Vidal desconoce que la teoría de la acción como derecho potestativo se le considera doctrinalmente superada. Al contrario, lo sabe y muy bien, veamos⁴: “Sin embargo, es el caso precisar que el concepto de derecho potestativo es cuestionado en la doctrina y se le rechaza considerándolo tan sólo como una facultad jurídica, posición doctrinal que es la nuestra. Ahora bien, para la teoría de la acción como derecho potestativo, la acción viene a ser un poder jurídico para hacer actuar los órganos jurisdiccionales del Estado contra un sujeto que nada puede hacer para impedirlo”. Esta última frase del doctor Vidal referida al demandado indemneme como consecuencia de la acción como derecho potestativo, no está en Chiovenda ni en Calamandrei, su discípulo más cercano doctrinalmente, partícipe además de la tesis potestativa. En todo caso, según este párrafo, el autor no comparte esta teoría.

Resumiendo nuestra inquietud: el doctor Vidal admite o rechaza el concepto de acción como poder jurídico, que deriva, como él sabe, del concepto de acción como derecho potestativo? La respuesta depende según se admita como definitivo lo expresado por dicho autor en la página 54 o en la 59.

COUTURE, ACCION Y LA EVOLUCION DEL PROCESO CIVIL

Santiago Sentís Melendo, procesalista español afincado en Argentina, a quien los latinoamericanos le debemos la traducción al castellano de la mayoría de las obras científicas importantes sobre proceso civil, recomienda no olvidar que el pensamiento de Couture

es un trabajo inconcluso. Insiste en la necesidad de estudiar a Couture preguntándose siempre hacia donde hubiera evolucionado su pensamiento con los nuevos conceptos y teorías ahora conocidos. Dice⁵: “Hay que seguir trabajando con ellos (se refiere a Alsina y Couture), y tratar de determinar, ante cualquier problema, ante la fijación de cualquier concepto, cual sería la posición que ellos adoptarían, en el momento presente, en qué lugar del itinerario científico se encontrarían; y cuales serían las consecuencias prácticas de tal posición o de tal adelanto en el camino a recorrer”.

La sorpresiva muerte de Couture impidió que su pensamiento se concretara en un sistema procesal civil. Sus libros, especialmente los “Estudios ...”⁶ y “Fundamentos ...”⁷, son sólo preliminares de la gran obra que no escribió.

Precisamente en esa dirección, refiriéndose al concepto de acción en Couture, Sentís Melendo dice⁸: “¿Cómo evolucionó el pensamiento de Couture en orden a los conceptos de acción y de pretensión?, ¿Cómo habría seguido evolucionando? No se olvide la trascendencia del pensamiento de Couture; su importancia para todos los estudiosos; el valor que sus opiniones han merecido siempre. Puede ocurrir que, en cuanto al tema que hoy estudiamos, la situación no sea diversa de la que se planteó al estudiar la naturaleza del proceso a lo largo de sus elaboraciones científicas”.

Sentís Melendo se refiere al hecho que en un momento de la evolución de su pensamiento⁹, Couture acogió y desarrolló la teoría del proceso como institución. Sin embargo, un tiempo después debió escribir que su posición debía¹⁰ “plegarse en retirada, por lo menos hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica”.

Sutilmente, Sentís Melendo empieza planteando en su obra citada una hipótesis que después demuestra: la concepción de Couture respecto al derecho de acción habría sido superada por el mismo Maestro si siguiera viviendo. Dicho de otra manera, el concepto de acción de Couture pertenece a un momento histórico en el desarrollo y estudio de dicha categoría, a la fecha en desuso.

Lo expresado y el hecho que el doctor Vidal cite los “Fundamentos ...” de Couture en 13 (trece) oportunidades en las tres hojas que trata sobre la naturaleza de la acción, puede explicar el origen de la contradicción advertida anteriormente.

4. Vidal, Fernando, op. cit., p. 59.

5. Sentís Melendo, Santiago, “Estudios de Derecho Procesal”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 127.

6. Couture, Eduardo J., “Estudios de Derecho Procesal Civil”, 3 tomos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

7. Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

8. Sentís Melendo, Santiago, op. cit., pp. 128 y 129.

9. Couture, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 52.

10. Couture, Eduardo J., “Fundamentos ...”, op. cit., p. 145.

En otra página de su libro, el doctor Vidal afirma que para la doctrina civilista la acción¹¹ “tiene un carácter rigurosamente privado”. En efecto, es así, empero, la tesis civilista en materia de acción, respetuosamente, cuenta muy poco. Es una concepción surgida en Roma, es decir, hace más de 2,000 años; recuperada por los pandectistas en la Edad Media; **rejuvenecida por los civilistas europeos del siglo pasado**, y ahora refrescada para el Perú por el doctor Vidal.

Al Derecho romano se le debe buena parte de las instituciones jurídicas con que cuenta la civilización occidental, más, con la ciencia procesal civil la deuda está invertida. La acción como instituto privado es un rezago del Derecho romano; dice Alcalá Zamora¹²: “... la verdadera índole de la acción quizá se hubiese dilucidado hace bastantes años si los procesalistas se hubiesen preocupado un poco menos del Derecho Romano, a fin de ocuparse un poco más de la realidad procesal”.

SOBRE LA EXCEPCION

Sobre este instituto procesal afirma el doctor Vidal que¹³: “la excepción es todo medio de defensa que se opone a la acción”. Aún cuando no se dice, la definición citada pertenece a Couture, como también la citada a continuación (“poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”), precisándose en este caso la autoría del Maestro uruguayo.

No vamos a reiterar la advertencia de Sentís Melendo en torno a la necesidad de estudiar a Couture proyectando su pensamiento y no asumiendo como definitivos sus conceptos. No obstante, tal recuerdo nos parece central para comprender lo que ha ocurrido con el tema de la excepción.

Hay un momento en la evolución histórica de la excepción —la ubicamos durante el derecho justinianeo—, en que desapareció la diferencia entre defensa y excepción, llegando a sostenerse que la excepción era la oposición que el demandado hacía a la demanda, bajo cualquier alegación procesal o material.

Este equívoco es —para la ciencia procesal civil contemporánea—, un dato histórico. Hoy se acepta que así como hay un derecho de acción por el que todo sujeto de derechos puede exigir al Estado tutela jurídica, existe un derecho de contradicción por el que todo emplazado ante el Órgano Jurisdiccional puede exigir al Estado que le otorgue las garantías de un proceso válido. El derecho de contradicción se

concreta procesalmente en el llamado derecho de defensa, es decir, en la obtención de las condiciones procesales establecidas por el ordenamiento para ser emplazado válida y oportunamente, así como para poder contestar y probar sin reservas ni limitaciones.

Este derecho de defensa es abstracto, lo cual significa que no tiene ni necesita tener un contenido, tampoco requiere ser ejercido; sólo es indispensable que a quien le corresponda, le haya sido otorgado sin condiciones.

El derecho de defensa tiene tres manifestaciones procesales. Es una defensa sobre el fondo cuando el demandado contesta (contradice) la pretensión del demandante (Ej.: no debo, no devuelvo la casa, etc.). Es una defensa previa cuando sin atacar el fondo, se cuestiona la continuación del proceso porque no se ha cumplido con un acto previo o porque subsiste un impedimento temporal no resuelto (Ej.: la falta de agotamiento de la vía administrativa). Es una excepción cuando se cuestiona la validez de la relación jurídica procesal, sea por defecto u omisión de un presupuesto procesal o por defecto u omisión de una condición de la acción.

Por tanto, la excepción es la especie en donde la defensa es el género. En consecuencia, la afirmación del autor que la excepción es todo medio de defensa, **sólo es una acepción tradicional y errada del instituto.**

Es probable que nuestra definición de excepción sea compleja, requiere del manejo de otros conceptos que no son materia de este comentario. Sea como fuese, interesa destacar que **la excepción no tiene relación alguna con el derecho de acción.** El ejercicio de este último da inicio al proceso; si bien es su elemento percursor, no integra el proceso. En cambio la excepción es un típico instituto procesal, sólo existe al interior de un proceso y como actividad del demandado. En consecuencia, contra lo afirmado por el autor comentado, la excepción no se opone a la acción.

Sin salir de la excepción y, tomando nuevamente, como base una definición de Couture, el doctor Vidal dice que la excepción como pretensión del demandado¹⁴, “tiene asiento en la doctrina civilista”, otorgándole carácter material a un instituto típicamente procesal. La excepción, sin embargo, ni siquiera es un contra-derecho. Cuando el demandado excepciona no reclama un derecho para sí, lo único que busca es su libertad (respecto de la vinculación que le quiere establecer el actor a través del proceso). Así entonces, la excepción es una exigencia de libertad y no de un derecho subjetivo.

11. Vidal, Fernando, op. cit., p. 55.

12. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto “Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina”, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1946, p. 770.

13. Vidal, Fernando, op. cit., p. 67.

14. Vidal, Fernando, op. cit., p. 68.

SOBRE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA

Al referirse a este instituto procesal, el doctor Vidal afirma que¹⁵: "... por lo que tenemos ya expuesto, se puede concluir en que la prescripción no es un medio de extinción ni de la acción ni del derecho subjetivo, sino de la pretensión ...". Con arreglo a la doctrina procesal contemporánea, la afirmación transcrita nos parece impecable.

Sin embargo, en otro lugar del mismo libro, el doctor Vidal afirma¹⁶: "... en nuestra Exposición de Motivos dejamos expresado que manteníamos la adhesión a la doctrina informante del Código de 1936, en cuanto distinguía la acción del derecho, pues lo que prescribe es la acción y no el derecho. Además, al trazar el distingo con la caducidad, enfatizamos que en la prescripción se extingue la acción sin extinguirse el derecho ...". Entonces, ¿Vidal versus Vidal?

Resulta singular el hecho que a pesar de conocer que la prescripción extintiva es un instituto procesal, se ha legislado ésta en el novísimo Código Civil, sin mayor razón que la repetición de lo importado.

A 16 años del siglo XXI, se ha repetido un error de sistemática cometido en 1804 por los legisladores del Código Civil francés, inducidos —a su vez—, por post-glosadores que no conocieron las Institutas de Gayo, descubiertas recién en 1818 por el Cardenal Angelo Mai.

SOBRE LA LEGITIMIDAD PARA ACCIONAR

No es fácil encontrar este título en un libro relativamente moderno sobre proceso civil. La razón es sencilla: la doctrina procesal descarta la exigencia de una determinada calidad (legitimidad) para poder ejercitar el derecho de acción. Al contrario, reconoce la existencia de este derecho en todo sujeto, sin que ello signifique que su ejercicio no exija el cumplimiento de ciertas formalidades.

Precisamente reconoce como Condiciones de la Acción (nombre impropio, por lo demás) a la Legitimidad para obrar y al Interés para obrar.

La Legitimidad para obrar es un concepto lógico de relación, que consiste en la identidad entre los sujetos de la relación jurídica sustantiva con los de la relación jurídica procesal. Si una norma otorga a un propietario derecho para recuperar la posesión de quien la tiene, habrá Legitimidad para obrar cuando

quien demanda es el propietario y el demandado es quien posee.

El Interés para obrar o Interés procesal directo es aquella situación material en la que el titular de un derecho no tiene ninguna otra alternativa para hacerlo efectivo (su derecho), que solicitar al Estado le otorgue tutela jurisdiccional. Como sabemos, dicha solicitud importa el ejercicio de su derecho de acción.

El Interés para obrar, para ser tal, deberá ser inminente, actual, irremplazable y egoísta (como opuesto de altruista).

Como se advierte, las categorías procesales citadas descartan la posibilidad que la Legitimidad para accionar tenga ámbito propio en el proceso civil. Se trata de un concepto privatista, propio de una visión clásica del proceso en donde la acción sólo es el derecho en movimiento, la manifestación dinámica de un derecho sustantivo. La Legitimidad para accionar es una construcción civilista sin ningún contenido procesal definido. Es como un cuchillo sin mango al que le falta la hoja.

Por eso cuando el doctor Vidal dice que el Código Civil¹⁷ "ha recogido el interés como principio general de la legitimidad para accionar", no está precisamente relevando un mérito de dicho cuerpo legal.

Su referencia es a la norma contenida en el Art. VI del Título Preliminar del Código Civil vigente¹⁸, que es una repetición de la contenida en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1936¹⁹.

El interés citado en esta norma no tiene relación alguna con el interés para obrar. Este último es abstracto, el primero tiene contenido (económico o moral). El interés para obrar es netamente procesal, el otro —de tener existencia autónoma— es sustantivo.

Por lo demás, qué difícil debe ser explicar la existencia de legitimidad para accionar con prescindencia de la naturaleza misma del derecho del cual emana. Esto se debe, nos parece, a que la legitimidad para accionar no es otra cosa que la calidad intrínseca de ser titular de un derecho material y, como tal, carece de relación alguna con el proceso.

La identificación entre la legitimidad para accionar y el Art. VI del Tit. Prel. del Código Civil, como lo afirma el doctor Vidal, resultaría que como "para accionar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral ...", sólo tendrían

15. Vidal, Fernando, op. cit., p. 117.

16. Vidal, Fernando, op. cit., p. 98.

17. Vidal, Fernando, op. cit., p. 65.

18. "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley".

19. "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley".

derecho de acción o contestación, los que tienen fundamento legal para hacerlo. ¿Pero, esto es así en realidad, acaso sólo pueden demandar o contestar una demanda los que tienen interés legitimado?. Si así fuera, no habrían demandas infundadas y tampoco defensas sin amparo.

A MANERA DE CONCLUSION

Para finalizar, hay una frase en el libro del doctor Vidal que sintetiza nuestro comentario²⁰: “Así como la acción no es más que el derecho que se hace valer por vía de ataque, de igual suerte la excepción es el mismo derecho ejercitado por vía de contra-ataque, o como defensa contra una acción”. Como la frase

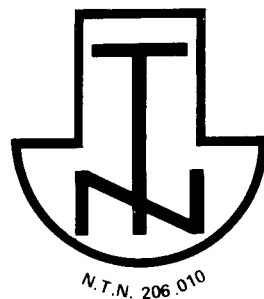
aparece sin comillas, se puede entender que es del autor, pero no es así; se trata de un párrafo incompleto de Coviello que el doctor Vidal parece compartir.

Sin embargo, de uno o de otro, la frase prescinde de casi un siglo de construcción científica en proceso civil. En otras palabras, hoy ya no es posible solventar un enfoque civilista del proceso civil, salvo que el propósito sea hacer historia y no parece ser el objeto del autor.

Tal vez la frase y el libro se expliquen en un país en donde el proceso civil es todavía —como hace seis siglos los definieron Las Partidas—, un “pleyto en donde se desfacen entuetos”.

20. Vidal, Fernando, op. cit., p. 68.

FIDEOS
DON
VITTORIO:
CALIDAD
CERTIFICADA



FIDEOS DON VITTORIO se enorgullece de ser la única marca de fideos del mercado peruano, que ostenta el Sello ITINTEC de Calidad. Este símbolo oficial, se otorga exclusivamente a los productos que cumplen las exigentes especificaciones establecidas en las Normas Técnicas Nacionales vigentes. Los expertos profesionales del ITINTEC certificaron que los FIDEOS DON VITTORIO son elaborados con las más estrictas medidas de higiene y control, lo que garantiza a los consumidores un producto de óptima calidad.

FIDEOS
DON
VITTORIO
MAS PLATO, FIDEO POR FIDEO

La coerción personal en la investigación policial del delito: análisis crítico

César San Martín C.

Juez Instructor. Profesor del área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la PUC

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un enfoque básico de Política Criminal, entendida ésta como “una parte de la actuación del Estado dirigida a la lucha eficaz contra el delito, por medio de las sanciones y prevención” (J. del Rosal, Principios de Derecho penal español; tomado de Javier Boix Reig, “Consideraciones Político—Criminales en torno a los delitos de Estupro. Cuadernos de Política Criminal No. 1, Madrid. 1977, Pág. 5), estriba en proporcionar argumentos razonables para criticar la legislación penal vigente y formular proposiciones para una adecuada reforma del derecho penal, sea de índole sustantivo o material, procesal o de ejecución penal.

El presente trabajo apunta a resaltar los límites constitucionales, infranqueables, del inmenso poder que goza la policía en orden a las limitaciones a la libertad de las personas, y a partir de ahí criticar en su conjunto la profusa red de dispositivos y comportamientos de la autoridad policial. Es sabido que la Constitución pretende evitar los abusos sistemáticos contra los derechos humanos, de suerte que, como acota H. H. Jescheck, no puede aceptarse que lo que parece más eficaz es también lo más justo, por lo que es de establecerse una serie de limitaciones precisas al poder estatal (Tratado de Derecho Penal — Parte General. Volumen I. Barcelona. 1978. Pág. 30).

Se trata, pues, de entender los alcances esenciales del modelo constitucional en el aspecto penal (lo que se denomina derecho penal constitucional), y a partir de este presupuesto trazar lineamientos sistemáticos de crítica a la legislación derivada y, obviamente, elaborar propuestas de modificación coherentes con la Ley Fundamental.

Un aspecto crítico de los llamados órganos de control social formal básicos (policía, ministerio público y judicatura) y que mide forzosamente la magnitud del entorno estatal y social, está constituido —sin duda alguna— por los poderes de coerción— personal de que están investidos; es decir, “por la limitación

más o menos intensa, de la libertad física de las personas, por una finalidad penal” (Jorge Clariá Olmedo. Volumen V. Buenos Aires. 1966. Pág. 209). A nivel policial estos poderes están íntimamente ligados al concepto de “orden público”, sobre el que existe fundados temores, pues existe un consenso que la policía tiene como función fundamental el mantenimiento del orden interno, que está dirigida al sometimiento de los desordenados y que la función criminal es secundaria y limitada por su función de guardián del Estado (Cfr. Juan Bustos Ramírez. La Instancia Policial: el control formal. El Pensamiento Criminológico. Tomo II. Bogotá. 1983. Pág. 66).

Por consiguiente, se intenta indagar y responder a preguntas cruciales que inciden en el comportamiento policial: ¿Qué garantías tienen las personas que de una u otra forma se ven involucrados en una investigación o encuesta penal? ¿Cómo se comportan los policías? ¿Cuál ha sido y es actualmente la respuesta del legislador? ¿Qué han hecho los demás actores sociales? Estos dramáticos interrogantes persiguen entender, a final de cuentas, nuestro sistema político institucional en el campo de la justicia penal, el mismo que aún cuando presenta una formalidad democrática —constitucional sin embargo mantiene formas de comportamiento o conductas autoritarias de sus funcionarios, cuya explicación reside sin duda en el modo en que el poder está distribuido en el Perú (Cfr. Luis Pásara. Jueces, Justicia y Poder en el Perú. Lima. 1982. Pág. 13).

EL MODELO CONSTITUCIONAL

I. Nuestra Constitución, en su art. 79, estatuye que el Perú es una república democrática y social, basada en el trabajo. Esta definición principista, (que obviamente tiene su inspiración en las Constituciones de Alemania Federal, Italia y España), contiene una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios del Estado Liberal y del Estado Social, bajo una característica sustancial: la democracia (Cfr. Santiago Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del

Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona. 1982. Pág. 19).

A su vez el art. 81 de la Constitución recuerda que el Estado está gobernando por el derecho: la democracia es un gobierno de leyes y no de hombres, de suerte que todos —gobernantes y gobernados— tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico (art. 74 C.).

Asimismo, del contexto del Título III sobre régimen económico y del articulado sobre los derechos fundamentales, fluye inconcusamente la obligación del Estado de intervenir activamente en la vida social, siempre respetando los derechos del hombre. La democracia social tiende, así, a establecer entre los individuos una igualdad de hecho que su libertad teórica es impotente para asegurar (Cfr. Georges Burdeau. La Democracia. Barcelona. 1970. Pág. 61).

Estas definiciones son muy importantes, pues en buena cuenta colisionan con propuestas autoritarias que buscan restringir los derechos fundamentales en la lucha contra la delincuencia. Forma parte de la concepción democrática del Estado la exigencia que los órganos del mismo respeten determinadas garantías formales que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad textualmente reconocidas a los ciudadanos. Así las cosas, las normas constitucionales previenen al legislador ordinario para que articule un conjunto de normas que fundamenten y desarrollen un proceso penal democrático con profundo respeto a los derechos humanos.

II. En el orden penal, la Constitución desarrolla una estructura normativa muy clara que permite construir un futuro proceso penal y delimitar coherentemente la actividad policial.

En cuanto a lo vinculado, de uno u otro modo, a la investigación policial, se tiene lo siguiente:

1o. La detención preventiva policial. Se encuentra reglada en el inc. 20—g del art. 2o. de la C. Su término es de 24 horas, con la excepción de 15 días para los delitos exceptuados de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, salvo que se declare el Estado de Excepción previsto por los arts. 231 y 232 de la C.

A este nivel preliminar se garantiza siempre el derecho de defensa (art. 2, 20—h C.), de no autoincriminación y torturas (art. 2, 20—j y h); amén de autorizarse el Habeas Corpus en caso de arbitrariedades que incidan en este punto (art. 295 C. y Ley 23500, de 7—12—82). En resumen, se articula a semejanza de la Constitución Española una breve duración de la dependencia del detenido a la policía, una defensa amplia del mismo y un control judicial de aquella (Cfr. Francisco Bueno Arús. Las normas Penales en la Constitución Española de 1978. Doctrina Penal. Buenos Aires. 1979. Pág. 854).

2o. Los medios de coerción real están previstos

limitativamente en los incs. 7 y 8 del art. 2o. de la C. Se autoriza los registros domiciliarios por mandato judicial y, excepcionalmente, por la policía ex officio en caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Asimismo, se autoriza la incautación de correspondencia, comunicaciones y papeles privados por orden judicial; la policía no puede hacerlo de oficio, es decir, no puede prescindir en ningún caso de la autorización judicial.

3o. Un medio de coerción personal especialmente severo es la incomunicación. El art. 2o., 20—i fija que sólo la ley define las circunstancias de aquella y lo circunscribe a una medida excepcional indispensable para el esclarecimiento de un delito. Por lo demás, según el art. 2o., 20—b C. no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley.

4o. Finalmente, un principio básico de toda investigación, sea policial o judicial, es el de la presunción de inocencia, estatuido por el art. 2o., 20—f C.; principio que además determina el sentido de la carga de la prueba, a cargo del acusador o del Estado, y la validez del criterio rector del *In Dubio Pro Reo* (Cfr. Florencio Mixán Mass. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Trujillo. 1983. Págs. 63—64).

III. Este conjunto prolijo de disposiciones constitucionales, en unión con la finalidad de prevención y represión de la delincuencia que le fija a la policía el art. 277 constitucional, obligan al legislador y al juez, tanto en su creación normativa como en su interpretación judicial, de hecho tienden a forzar al poder a desarrollar una actividad que respete sus lineamientos básicos. Todo ello no es sino, en buena cuenta, la materialización de un debido proceso o juicio justo. Al juez corresponde tener en cuenta en la aplicación diaria de las normas procesales penales estas superiores disposiciones constitucionales; debe buscar desarrollar frente a normas legales inferiores una interpretación que concilie los mandatos constitucionales, esto es, debe utilizar alternativamente el derecho asumiendo los valores, principios y directivas constitucionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial de España, por ejemplo, es muy ilustrativa; el art. 5,1 dice que "la Constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según preceptos y principios constitucionales...".

LA ACTIVIDAD POLICIAL

1. Tal como hemos precisado en el punto anterior, el art. 277 de la Constitución fija a las Fuerzas Policiales, entre otras funciones relacionadas con el orden interno la de la prevención y combate de la delincuencia. Para cumplir sus cometidos el artículo 2o. Constitucional le fija una serie de atribuciones concretas dentro de una concepción restrictiva de sus poderes. En efecto; el inc. 20—g autoriza la detención policial ex officio siempre que medie flagrancia de de-

lito y por un término de 24 horas, que se extiende a 15 días en delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, sin perjuicio del término de la distancia tratándose de lugares alejados de la sede de un juzgado y que se encuentra debidamente reglado por el Tribunal Supremo. Los incisos 7 y 8 del mismo artículo permiten pesquisas y decomisos, sujetas las primeras a una autorización judicial y de oficio cuando se trate de delito flagrante o peligro inminente de su perpetración; y, la segunda, cuando se trate de interceptación de correspondencia, únicamente a instancia judicial.

Como formas de limitación de tales potestades la Constitución obliga a que la policía informe inmediatamente al detenido de la causa o razones de su detención, que posibilite la comunicación con su familia y abogado, que sea asesorado técnicamente por éste, que no sea incomunicado sino en la forma y modo de ley, que no se le violente y que no se le obligue a autoincriminarse (art. 20., incs. h, i, j, k).

El legislador ordinario ha omitido dar mayores precisiones a dichas facultades y se ha limitado a respetar lo consagrado ambiguamente en el actual C.P.P. de 1940. El art. 59 señala que la policía tiene potestad de decomiso y de recopilar pruebas; el art. 60 determina que la actuación policial se plasma en el Atestado, donde se insertarán los datos que hubiese recogido y se anexarán las pericias practicadas; por último, el art. 63 autoriza a la policía a poner a disposición del juez los detenidos y los efectos relativos del delito.

Merece un especial comentario lo relativo a la detención policial y a sus potestades de investigación.

II. Constituye una tradición constitucional peruana la de permitir a la policía una detención instricta siempre que medie flagrancia y hasta por un término de 24 horas, más el de la distancia cuando la sede del juzgado esté alejada del lugar de aprehensión del ciudadano.

La Carta de 1933, en su art. 56, extendía la detención por parte de la autoridad encargada de conservar el orden público hasta por 24 horas y median-do flagrante delito. Pero como su redacción no era muy enfática, pues decía que "en todo caso" se debía poner al detenido dentro de las 24 horas a disposición del juzgado correspondiente, tanto el legislador como la Corte Suprema entendieron que procedía la detención por sospechas con el único límite de su término: 24 horas. Así; al dictarse las Leyes Orgánicas de la Guardia Civil, y de la Policía de Investigaciones (DL. No. 18069 y 18070), expedidas durante el decenio militar, se estableció que se podía detener, a parte del mandato judicial y de la flagrancia, como consecuencia del proceso de investigación policial, cuando la naturaleza de la investigación lo haga necesaria. Esta postura fue ratificada por la "Guía para el Personal PIP en las intervenciones policiales", editado por el Comando de esta institución policial en el año

1981, esto es, cuando ya estaba vigente la Constitución que nos rige. (Cfr. Florencio Mixán Mass. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Trujillo. 1983. Pág. 151). La Corte Suprema, por su parte, ha sido conteste en privilegiar el término de 24 horas y no evaluar si la detención se produjo además mediando flagrancia (Ej. Sup. del año 1915, publicada en la Revista Oficial Anales Judiciales de ese año, pág. 71).

La redacción del art. 2, 20—g de la actual Ley Fundamental aún cuando sus términos son parecidos ostenta mayor claridad. Dicha norma contiene dos párrafos; en el primero señala que la detención procede en dos supuestos: a) orden judicial, y b) por la policía en flagrante delito; en el segundo párrafo precisa que en todo caso el término de detención, ya sea cuando la policía lo hace por orden judicial o ex officio mediando flagrancia, es de 24 horas más el de la distancia de ser el caso. Este segundo párrafo agrega una excepción al término aludido tratándose de delitos de Terrorismo, Tráfico Ilícito de Drogas y Espionaje, previstos los dos primeros en leyes especiales: DL. No. 22095, mod. por el D. Leg. No. 122, para T.I.D., y D. Leg. No. 46, mod. por la L. No. 24651, para el delito del Terrorismo, y el último en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar (Ley No. 4868, de 11 de Enero de 1924, y Decreto Ley No. 23214, de 24 de Julio de 1980, respectivamente). Excepción que refleja la constitucionalización de una política penal del orden público de corte autoritaria y que constituye un "grave peligro pues posibilita la comisión de futuras arbitrariedades" (Cfr. Ricardo Váscones Vega. *Las medidas coercitivas*. Lima. 1980. Pág. 52).

La doctrina constitucional nacional es unánime en este punto: la policía sólo puede detener median-do flagrancia y hasta por 24 horas en delitos no exceptuados. Así se pronuncian Bernales—Rubio (Perú: *Constitución y Sociedad Política*. Lima. 1981. Pág. 126) y Borea Odría (El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy. Lima. 1985. Pág. 82). Este último llega a afirmar que "no cabe interpretarse que la policía goza de una especie de autorización permanente para detener por espacio de 24 horas a los ciudadanos de nuestro país o a las personas que en él se hallaren, aún cuando no hubiesen cometido delito" (Ibidem. Pág. 83). José Pareja Paz Soldán, por su parte, sostiene que el entendimiento de la norma constitucional en comento es de la siguiente manera: "nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o de las autoridades policiales, salvo en caso de flagrante delito, en cuyo caso el detenido debe ser puesto dentro de 24 horas a disposición del Juzgado correspondiente". (*Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Tomo II. Lima. 1980. Pág. 537); posición que no se condice con el texto de la norma constitucional y no refleja la función limitativa que debe cumplir el precepto constitucional respecto de las facultades policiales.

El concepto de "flagrancia" no está definido en la ley ordinaria. La definición que contenía el art. 50

del Código de Procedimientos en Materia Criminal (Ley No. 4019, de 2 de Enero de 1920) no fue reproducida por el actual Código de Procedimientos Penales de 1940, que en su art. 76 se limita a autorizar la denuncia de cualquiera del pueblo cuando se trata de delitos de comisión inmediata, vocablo que es entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como delito flagrante (Cfr. Guillermo Olivera Díaz. *El Proceso Penal Peruano*. Lima. 1984. Pág. 60. Ejecutoria Suprema, publicada en la Revista *Anales Judiciales*. Año 1946. Pág. 253).

La definición de flagrancia que propone el Profesor Gian Domenico Pisapia, es la más ilustrativa y plenamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto cubre dos supuestos: a) descubrirse al autor en el momento que está cometiendo un delito (flagranza); y, b) caso del agente perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido o el del sorprendido con cosas o trazas que revelan que viene de ejecutarlo (quasi flagranza) (José Hurtado Pozo. *El Ministerio Público*. Lima. 1981. Pág. 243). Por consiguiente, fuera de esos casos, sumamente claros, no puede detenerse policialmente a una persona; caso contrario no sólo torna viable la acción de Habeas Corpus (art. 12, 10 de la Ley No. 23506) sino que también el policía incurre en la comisión del delito de abuso de autoridad (art. 340, 1o. del C.P.).

En cuanto a los delitos exceptuados, no obstante que el segundo párrafo está referido exclusivamente al término de detención policial, el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el caso José Antonio Burneo Labrín y otro, por sentencia de fecha 12 de febrero de 1985, interpretó que la excepción incluía la posibilidad del motivo de detención; es decir, pretorianamente estimó, concordando con el profesor Borea Odría (Ibidem. Pág. 84), que tratándose de los tres delitos acotados procede la detención policial por sospechas o para fines de averiguación.

El comportamiento del Poder Judicial ha sido pasivo frente a las potestades de detención de la Policía y a continuado con la tradición de no analizar los motivos de la detención al resolver casos de Habeas Corpus. No conocemos un caso llegado a la Corte Suprema que se pronuncie sobre este punto. Sin embargo, con fecha 1-10-85 el 21o. Juzgado de Instrucción de Lima expidió una resolución que amparó una demanda de Habeas Corpus por una detención que si bien era de escasas horas no se había producido en flagrante delito; resolución que fue confirmada por el Tribunal Correccional con fecha 29-11-85 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" de 7 de febrero de 1986 (Caso Edith Rosario Ramírez Erazo y otra).

No obstante lo expuesto, y pese a la claridad de la norma constitucional, tratándose de delitos no exceptuados, la policía persiste en detener cuando no existe delito flagrante, pese a que inclusive la Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales (D. Leg. No. 371 de 4 de Febrero de 1986) en su art. 10,5 precisa que la detención es siempre por delitos flagrantes.

La experiencia diaria nos permite afirmar fundamentalmente que la violación de este precepto es constante: la detención opera como regla y no como excepción y, lamentablemente, el Poder Judicial no ha sabido o podido ponerle freno. Podemos repetir lo dicho por Tuilio Chiossone para Venezuela: "hay cierto deleite, que en veces raya en sadismo, por la privación de la libertad. Nuestro tradicional gendarme cree que su función específica es detener, porque piensa que con ello ha cumplido con su función previsiva y represiva" (Temas Procesales y Penales. Caracas. 1977. Pág. 11). Esta óptica no es más que la continuación de una actitud, aún no superada, de corte represiva sustentada en lineamientos trasnochados de prevención general que obviamente colida con un criterio preventivo especial que informa a la Constitución.

Empero, la Constitución cede a una orientación de prevención general y a una política excepción del orden público cuando trata de enfrentar la lucha contra los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Terrorismo y Espionaje; ordena una restricción de los derechos de los imputados y amplía la potestad de detención policial sin control judicial efectivo, aunque con la intervención del Ministerio Público (art. 250, 1o. C.) trata de vigilar el trabajo policial que por sus limitaciones de infraestructura y de imaginación no ha podido poner coto a numerosas arbitrariedades a diario denunciadas. Esto explica lo apuntado por el Profesor Váscones Vega y lo anotado por el maestro Mario Alzamora Valdez, en el sentido que la detención hasta por quince días puede conducir a muchos abusos, ya que después de su transcurso —real o simuladamente— puede terminarse con una declaración de inocencia (Derecho y deberes fundamentales de la persona. Lima. 1980. Pág. 37).

III. Otro problema que actualmente, desde hace más de un año enfrenta Lima y desde muchos años atrás lo hacen las zonas de la Sierra Central, es el de los Estados de Excepción. El Estado trata de luchar contra el terrorismo desatado por Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) utilizando a nivel represivo el art. 321 constitucional. El objetivo es invariablemente suspender, entre otros, el derecho constitucional de la libertad personal (art. 2o., 20-g). El Decreto Supremo No. 002-86-IN, de 7 de febrero de 1986, que dio inicio al Estado de Emergencia en la Capital, al fundamentar su declaración se amparó en el incremento de los actos de violencia, por lo que urgía tomar las medidas destinadas a lograr el restablecimiento del orden público.

La policía ha utilizado esta declaración para extender sus facultades a todo tipo de actividad criminal, por lo que las detenciones realizadas no sólo carecen de racionalidad sino que exceden a todo plazo necesario. El Poder Judicial hasta no hace mucho no cuestionó esa conducta al entender que la declaración del Estado de Emergencia amparaba detenciones amplias; sin embargo, poco a poco se abre paso en la judicatura la necesidad de restringir tan amplias facul-

tades y, haciendo uso del principio de causalidad, empieza a amparar las acciones de habeas corpus interpuestas por detenciones por delitos no exceptuados o que no afecten la estructura y seguridad del Estado.

La necesidad de esta interpretación es múltiple. Las razones de su bondad, son las siguientes:

1o) Cuando se hace mención a "actos de violencia", en concordancia con la naturaleza política de la atribución de declarar el Estado de Emergencia, se entiende todos aquellos comportamientos delictuales que inciden en la Seguridad Pública, la Tranquilidad Pública y contra los Poderes del Estado y la autoridad de la Constitución, debidamente definidos en el Código Penal y Leyes Especiales: específicamente la Ley de Terrorismo (Ley No. 24651, de 19 de marzo de 1987, que reemplazó al D. Leg. No. 46, de 10 de marzo de 1981).

2o) Por consiguiente, están al margen del régimen de excepción los demás delitos, respecto de los cuales permanece inalterable los derechos y garantías constitucionales. El inc. a) del art. 321 de la Constitución sólo faculta la declaración del Estado de Emergencia en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la nación, y los Decretos Supremos dictados a partir del citado anteriormente sólo se han amparado en los "actos de violencia".

3o) Lo expuesto precedentemente obliga a materializar la teoría del contralor judicial parcial, por la cual la declaración misma del Estado de Emergencia no es justiciable, pero corresponde un examen de razonabilidad sobre una medida concreta adoptada por la autoridad en dos aspectos: a) la relación del Estado de Emergencia y la situación que había originado su declaratoria; y, b) la verificación con los fines perseguidos mediante la norma que declaraba dicho estado (Cfr. Néstor Pedro Sagües. Habeas Corpus. Buenos Aires. 1981. Págs. 132—133).

4o) Debe entenderse por razonabilidad el que conforme al principio republicano y democrático social de gobierno (art. 79 Constitucional) los actos legislativos y de gobierno en general deben ser racionales: los medios deben ser adecuados a los fines propuestos. Tratándose de suspensión de derechos constitucionales el principio es —como anota Rafael Bielsa— que entre la causa generadora del Estado de Emergencia y el ejercicio del derecho que se restringe debe haber una relación de causalidad directa e inmediata (El Recurso de Amparo. Buenos Aires. 1965. Pág. 159). De suerte que cuando la detención no guarda correlación con la declaración del Estado de Emergencia, los jueces pueden y deben amparar al habitante por él afectado, lo que en idioma constitucional se llama control de razonabilidad (Cfr. Fernando de la Rúa. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre Procedimiento de Habeas Corpus. 1973. Buenos Aires. Pág. 174).

5o) Por lo demás, esta doctrina, de amplio arraigo en el Derecho Constitucional, no es ajena al Perú. En el Ante-Proyecto del Reglamento de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, elaborado por una Comisión de Expertos integrada por el grueso de integrantes de los que prepararon el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, se estipula que los jueces tramitarán las acciones de garantía si tratándose de derechos suspendidos, estos no tienen relación directa con la conducta del agraviado (art. 43,b).

Además, es claro señalar que constitucionalmente está prohibido que el Estado utilice para fines represivos comunes los regímenes de excepción.

Los conceptos arriba indicados fueron desarrollados también por el 21o. Juzgado de Instrucción de Lima en dos resoluciones de fecha 20 de Marzo de 1987 y 12 de Junio de dicho año (Casos Marcos García Vásquez y otros y Salvador Monzón Aedo). Esas decisiones fueron apeladas y, hasta el momento, se desconoce lo resuelto por las instancias superiores.

IV. Paralela a la potestad de detención policial se encuentra la de incomunicación de un detenido. Nuestra Constitución permite tan radical medio de coerción personal en el art. 2,20—i, pero le diga dos condiciones: a) que sea indispensable para el esclarecimiento de un delito, que importa un análisis concreto de un caso de investigación determinado, esto es, que la evaluación no está librada al legislador sino a la autoridad competente que realiza la encuesta; y, b) que la ley señale ineludiblemente la forma y tiempo de ejecución de la medida; limitación que guarda concordancia con el art. 2o., 20—b Constitucional que consagra el principio de legalidad cuando corresponda una restricción de la libertad personal.

El Código de Procedimientos Penales, en su art. 133, regula la incomunicación del imputado. Concuerda con la disposición constitucional en cuanto corresponde en los casos que "fuere indispensable para los fines investigatorios"; señala que es una decisión exclusivamente judicial, que puede durar hasta 10 días y que esa medida no impide las conferencias del imputado con su defensor, aunque acota que de ser "inconvenientes" pueden ser denegadas; por último, impone un control al Juez: debe comunicar razonadamente al Tribunal sobre los motivos de dicha medida, de modo que se arbitra dos principios fundamentales del proceso penal: motivación y control o instancia plural.

De la norma ordinaria explicada se colige que la policía ex—oficio no puede incomunicar a un detenido, menos puede hacerlo tratándose de investigados que se encuentran en libertad. Sin embargo, la Ley No. 24700, de 9 de Junio de 1987, circunscrita a la investigación de delitos con propósito terrorista, en su art. 2o. estatuye que la investigación policial puede comprender la incomunicación del detenido; se basa en los mismos supuestos del art. 133 del C.P.P., con

dos diferencias: 1o) que el Fiscal Provincial debe pedir las visitas al Juez Instructor; y, 2o) que no puede prohibirse las visitas del abogado, que serán privadas, es decir, que no cabe la presencia del Fiscal o del Oficial a cargo de la investigación.

La incomunicación es un remanente legislativo que nos ha quedado de las épocas oscurantistas del derecho, cuando la institución se mantenía con el deliberado propósito de presionar a la confesión del detenido. Por consiguiente, urge limitarla aún cuando eliminarla a un futuro cercano. Nuestras leyes y, fundamentalmente, la Constitución permiten una incomunicación parcial del detenido, es decir: decisión judicial, facultativa y limitada a lo absolutamente necesario; aunque desde ya es inconstitucional autorizar al juez a impedir contacto con el abogado defensor por infracción del inc. 9) del art. 233 de la Ley Fundamental y porque ello importaría una forma moral de tortura, proscrita por el art. 234 Constitucional, y un atentado contra la dignidad humana, protegida por el art. 1o. de la Carta Magna. Por todo ello la decisión de incomunicación debe acordarse en casos muy excepcionales, la interpretación de la autorización —por limitar un derecho fundamental— debe ser restrictiva y corresponde al juez controlar que por medio de ella la policía no lesione arbitrariamente los derechos de los detenidos; la ausencia de un control judicial cuando ésta ocurre en sede policial, pese a la intervención del Ministerio Público, hace dudar la constitucionalidad de la norma antes glosada. (Cfr. Hernando Londoño Jiménez. *De la Captura a la Excarcelación*. Bogotá. 1983. Págs. 68—77).

V. En correspondencia con la coerción personal, cuyas características hemos tratado de esclarecer, la policía también tiene poderes de coerción real. La Constitución, como ya hemos apuntado, señala expresamente los registros domiciliarios y los decomisos, aunque mencionando sólo lo relativo a los documentos privados y correspondencia en general. El C.P.P. igualmente reconoce a la Policía la potestad de efectuar pesquisas y decomisos (secuestro), pero no señala sus limitaciones. Recién la Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales, como la de cada institución policial, ha mencionado que los registros domiciliarios, de vehículos, naves, aeronaves y objetos, deben realizarse con autorización de autoridad competente. Así lo proveen los arts. 4o. de los D. Leg. No. 372, 373 y 374.

Es claro que la incursión domiciliaria y los registros, con su consecuencia del comiso o secuestro de bienes, en la medida en que no sean documentos privados y cartas, puede realizarse por la policía ex officio, siempre que se esté ante un delito flagrante o peligro inminente de su perpetración. Tratándose de secuestros de documentos y de otros bienes o cosas fuera de los supuestos de flagrancia y peligro inminente de perpetración de un delito, es necesario para la legalidad y validez del acto de coerción la previa orden judicial. Se entiende pues que la autorización reglada

por las leyes orgánicas de la policía debe recabarse fuera de los casos de flagrancia o inminencia de comisión de un ilícito penal, y que no hace falsa cuando se da la situación fáctica antes aludida.

Sin embargo, el legislador no ha diseñado un procedimiento preliminar que posibilite al juez a tales autorizaciones, con el control correspondiente, antes que inicie el sumario. Esta omisión legislativa es muy lamentable; tiende a enervar la acción policial y, de otro lado, no da garantías al investigado que sus derechos fundamentales van a ser respetados. Urge, pues, a este nivel, reglamentar tal posibilidad resguardando un debido proceso legal y una adecuada herramienta democrática en la lucha contra el crimen.

VI. El interrogatorio y la confección del propio Atestado Policial suscitan problemas relevantes por su íntima conexión con los derechos fundamentales y el deber social de combatir la delincuencia. Cabe, por consiguiente, tratar puntualmente estos temas.

Un primer interrogante estriba en determinar si la Policía tiene potestad de interrogar a los sospechosos o denunciados. El art. 60 del C.P.P. implícitamente da una respuesta positiva, así como el art. 4,2 del D. Leg. No. 374, al permitir que la Policía de Investigaciones (PIP) pueda obtener indicios y evidencias. Además, todo nuestro sistema de investigación se sustenta privilegiadamente en la exposición del denunciado.

Empero, ello origina fundadas preocupaciones que han merecido diversas respuestas. En el mundo jurídico es constante la protesta a los excesos que al amparo de esta potestad ejecuta la policía, de ahí pues que en otros ámbitos se insiste en prohibir tal facultad, basada en la práctica imposibilidad de reprimir tales abusos (Cfr. José Cafferata Norez. *El Imputado*. Córdoba. 1982. Págs. 217—218).

Nuestra Constitución, como apunta Hurtado Pozo, carece de una global concepción de política criminal; se cuestiona el Atestado Policial, pero no se planteó reemplazarlo por la investigación a cargo del Ministerio Público o, en todo caso, someterla al real control del Juez. La Constitución consagró su existencia y buscó legitimarlo con la intervención y vigilancia del Ministerio Público (art. 250,5 C.). (Obra Citada. Pág. 44).

El legislador ordinario, a través de la Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. No. 52, de 16 de Marzo de 1981), implementó tal función de la siguiente manera:

1o) El art. 9o. autoriza al Ministerio Público a vigilar e intervenir en la investigación policial. La función de vigilancia está centrada en cumplir las disposiciones para el ejercicio oportuno de la acción penal. La función de intervención en la investigación policial

está focalizada a orientarla en cuanto a las pruebas que deben actuarse.

2o) El art. 10o. obliga a la Policía, detenida que sea una persona, a comunicar tal hecho al Fiscal, quien tendrá la misión de asegurar el derecho de defensa del mismo y los demás derechos en orden a un debido proceso. A su vez el art. 94,1 obliga al Fiscal a nombrar al abogado de oficio respectivo.

Plantear una defensa de los derechos del individuo a nivel de la encuesta preliminar policial, y a partir del actual encuadramiento constitucional, importa necesariamente revisar los dispositivos legales dictados con posterioridad a la vigencia de la Constitución (28 de Julio de 1980). El D. Leg. 126, de 12 de Junio de 1981 y la Ley 24388, de 3 de Diciembre de 1985, continuaron la senda trazada por el D. Ley No. 21895, de 2 de Agosto de 1977. Estos dispositivos han venido ampliando las potestades de la policía, dando fuerza de prueba legal a las actuaciones policiales, restringiendo consecuentemente el poder del Juez Instructor; restricción que logra su coronación con la expedición de la Ley No. 24700, de 9 de junio de 1987, en que tratándose de delitos de terrorismo "las diligencias actuadas por la Policía, con la intervención del Ministerio Público y la defensa, no se repetirán en la instrucción, salvo la declaración ampliatoria del inculpado, cuando el juez la considera conveniente" (art. 4o. in fine).

Otorgar tales poderes a la Policía, más allá de lo efectivo que podría ser en la lucha contra el delito, es alarmante jurídica y moralmente. La judicialidad de los actos de investigación, a cargo obviamente de un Magistrado, está implícita y explícitamente consagrada en la Constitución. El art. 2o., 20—g obliga a la policía a poner al detenido a disposición del Juzgado correspondiente y, por ende, es a la autoridad judicial a quien corresponde decidir su situación jurídica; el poder punitivo del Estado descansa en el Poder Judicial y la Policía es su auxiliar, por lo no se puede invertir valores y hacer del sumario un simple agregado de lo actuado a un nivel que ni siquiera contó con su control, allí existe pues un atentado al principio de exclusividad de la función jurisdiccional prescrito por el art. 233, 1o. de la Constitución.

VII. Frente a la facultad de interrogar al detenido o investigado que tiene la Policía, asiste el derecho a éste de guardar silencio; es la vigencia de la cláusula de autoincriminación estatuida por el art. 2o, 20—k de la Constitución.

Este privilegio, que tiene su fuente en la famosa Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, permite que una persona acusada tiene el derecho de no declarar en un proceso o investigación penal y que no puede inferirse culpabilidad por tal negativa. Por tanto, una persona no está obligada a contestar ninguna pregunta que pueda incriminarla, lo que constituye un derecho del individuo que prima sobre el derecho del Estado de investigar y san-

cionar. Es claro que la negativa no puede ser tomada como prueba de culpabilidad, pues existen muchas otras razones por las cuales una persona puede dejar de declarar que la de porque es culpable: condiciones del carácter, vida anterior dudosa, ocultar un hecho luctuoso, proteger a un ser querido, etc. Porque tal negativa puede obedecer a alguna razón distinta de la culpabilidad del imputado y porque es imposible conocer cuál es su verdadera razón en cualquier caso determinado: es injusto inferir que la razón es en efecto la culpa. (Cfr. Alan C. Kohn. *La Libertad Constitucional y el Derecho*. 1967. México. Págs. 63—66).

Ello obliga a sostener lo siguiente:

1o) Que un detenido o cualquier persona sujeta a investigación policial puede negarse, sin explicar los motivos de su conducta, a someterse al interrogatorio policial. No hay apercibimiento legítimo que enerve esa decisión individual.

2o) Ante ello, para cautelar los derechos de toda persona, debe advertirse a los investigados que tienen derecho a guardar silencio, en la misma forma que se le hace si quieren estar asesorados por un abogado defensor. La renuncia a ese derecho debe ser expresa y contar con el aval del Ministerio Público.

3o) La cláusula acotada se proyecta inclusive a las coerciones reales. No se puede pedir a un reo que exhiba determinados documentos u objetos. Es necesaria su anuencia, orden judicial o en los casos de flagrancia, antes reseñados.

4o) El art. 127 del C.P.P. es inconstitucional. Por lo dicho líneas arriba no puede concluirse que el silencio del imputado puede ser tomado como un indicio de culpabilidad. Corresponde al Juez Instructor advertir al imputado que tiene el derecho de invocar tal privilegio.

o 5o) Por eso mismo, también es inatendible lo consignado por el art. 245 del Código acotado, en el sentido de insistir en preguntar al reo si quiere contestar cada pregunta que se le formule. Basta su negativa expresa para dar por concluido el interrogatorio.

VIII. Es muy difícil poner coto a las ilegalidades en la investigación policial de los delitos. La Constitución, a través de una serie de preceptos, busca impedir la autoincriminación forzada, las torturas, las comunicaciones ilegales y la indefensión de los investigados. Sin embargo, el legislador ordinario no ha producido normas que garanticen y desarrollen creativamente su cabal cumplimiento. Aún se tiene la idea que señalando al Ministerio Público como órgano de control y mencionando la posibilidad de la intervención del defensor, que por lo demás ya se contaba con la Ley Orgánica del Poder Judicial (D. Leg. No. 14605, de 25 de Julio de 1963), podía impedirse una investigación policial arbitraria.

Resultan muy interesantes las disposiciones de la actual legislación Colombiana. El C.P.P. fija las siguientes limitaciones a la policía:

1o) Intervención Fiscal en la dirección, control y coordinación de sus actividades.

2o) El Juez puede asumir la investigación inmediatamente.

3o) Intervención de las partes en las diligencias.

4o) Fijación de términos para investigar: 24 horas para detenidos, 8 días cuando no se pudo capturar al sospechoso, y 60 días si se desconoce al autor.

5o) Listado concreto de pruebas que pueden actuarse, necesariamente restringidas en orden al tiempo y a los derechos involucrados.

6o) Cumplimiento de las formalidades señaladas para los actos sumariales en la ejecución de las diligencias policiales.

7o) Intervención del Juez para ordenar repetir diligencias mal actuadas.

8o) Participación de un abogado. Su presencia es necesaria en el reconocimiento en fila de reos, en su declaración, y puede estar presente en las demás diligencias y conocer de todas las practicadas fuera de su presencia. (Cfr. Gilberto Martínez Rave. *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá. 1984. Págs. 161—164).

Esos dispositivos podrían implementarse en el país, dependiendo su éxito no sólo de la sapiencia y coraje de los jueces y fiscales, sino fundamentalmente de la infraestructura con que se dote al Ministerio Público y al Poder Judicial.

Hay todo un signo trágico en la investigación policial en el país; ella descansa en la cooperación, más o menos coactiva, del interrogado extrajudicialmente. Existe, como dice el Profesor José Gómez Benites al referirse al modelo italiano en la lucha contra el terrorismo, una inversión del sentido del interrogatorio del detenido: de su consideración como medio de defensa se ha convertido en uno de inquisición (*Crítica de la Política Penal del Orden Público*. Cuadernos de Política Criminal No. 16. Madrid. 1982. Pág. 72).

Es esencial criticar firmemente tal concepción autoritaria con base a los arts. constitucionales 2,20—k, 233,12 y 234,1 pf, y enfatizar que el reo no es medio de investigación, que su exposición es un medio de defensa y que admitir lo contrario sería aceptar la tortura, proscrita inclusive internacionalmente. Además debe señalarse, siguiendo a Giuseppe Bettiol, que el origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del derecho, y que éste es un instrumento de los valores éticos sobre los que el derecho reposa (*Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona. 1977.

Págs. 181—182). Esta posición descansa en la consideración básica de la dignidad de la persona humana y que ésta, como reza el art. 1o. de la Constitución, es el fin supremo de la sociedad y del Estado; sustento de toda sociedad democrática en que la libertad es el fundamento de la organización política del Estado y expresión de la soberanía del pueblo en cuanto reconoce la inviolabilidad de los derechos individuales (Cfr. Tomás Vives Antón. *Reforma Política y Derecho Penal*. Cuadernos de Política Criminal No. 1. Madrid. 1977. Pág. 74).

Lograr que en la investigación policial no se violenten los derechos fundamentales requiere no sólo una conducta activa y vigilante de parte del foro, Ministerio Público y Poder Judicial, sino también de reconocer lo siguiente:

1o) Que la Policía es parte sustancial de un Estado y no se puede prescindir de ella, y que “sin la Policía Judicial la administración de justicia penal sería imposible” (Eduardo Gutiérrez de Cabiedes. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 1982. Pág. 167).

2o) Que la Policía, antes que combatir al delito, tiene una función de guardián del Estado, de mantenimiento del orden interno, de ahí su organización militarizada y burocrática.

3o) Que, no obstante ello, es posible —dentro de un esquema democrático— redefinir constante y críticamente la noción de orden público y postular una policía profesional que haga conciencia del respeto a los principios constitucionales, articulando además controles civiles y jurisdiccionales a su actividad (Cfr. Juan Bustos Ramírez. *Obra Citada*. Pág. 68—72). y

4o) Que el peligro de abuso que entraña el ejercicio de las funciones policiales, así como la repercusión directa en la calidad de vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto, obliga a la ejecución de muchas medidas, entre las que debe destacarse la elaboración de un Código de Conducta, cuya línea matriz consiste en concebir al policía como persona, que actúe a la luz de los dictados de la deontología, y como profesional, que actúe en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión, y que los pivotes de un desempeño son el respeto y la protección de la dignidad humana, así como el mantenimiento y defensa de los derechos de todas las personas. Guía adecuada para su elaboración es la Resolución 169/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 17 de Diciembre de 1979: “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, así como la Resolución 690 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de Mayo de 1979: “Declaración sobre la Policía” (Cfr. Antonio Beristain. *El Delincuente en la Democracia*. Buenos Aires. 1985. Págs. 157—168).

Los poderes de coerción están, pues, limitados en la Ley Fundamental. La actuación policial debe estar controlada no sólo por el propio investigado, a través

de su abogado, sino también por el Ministerio Público y el Poder Judicial. Además, la utilización de tan graves poderes es discrecional y forzosamente restringida. En cuanto a la detención es menester apuntar que es facultativa y no obligatoria cuando se da el supuesto de flagrancia y que, siendo así, el límite en tal caso es el fijado por el art. 79 del Código de Procedimientos Penales, mod. por la Ley No. 24388, que enumera los delitos en los que corresponde detención. Otro punto fundante en esta concepción restrictiva se sustenta a partir del art. 2,20—f de la Constitución que instaura la presunción de inocencia, por la cual la detención y demás medidas de coerción personales sólo pueden tener como objeto asegurar o hacer posibles los fines del proceso: averiguar la verdad y actuar la ley penal, y ser aplicadas en la medida de la más estricta necesidad; se detiene a una persona en cuanto se considera que aquella entorpecerá el descubrimiento de la verdad histórica y/o no se someterá al proceso para la ulterior aplicación de la ley penal (Cfr. Ju-

lio B.J. Maier. Coerción Personal del Imputado. Buenos Aires. 1980. Págs. 24—25).

Finalmente, es de advertirse, por todo ello, que la atribución policial es una facultad jurídicamente condicionada; o se ejerce como la ley lo dispone o no podrá ejercerse válidamente (Cfr. José Cafferata Norez. Obra Citada. Pág. 216). Y que la lucha contra el crimen obliga a una asunción vital de lo que se entiende por "garantismo": esto no significa desequilibrio entre los derechos individuales y exigencias sociales, con ventaja para los primeros, sino inviolabilidad de algunos derechos de la persona, predeterminación y taxatividad de los límites a estos derechos, jurisdiccionalización de las intervenciones del Estado que puedan traducirse en lesiones de los derechos mismos (Cfr. Gianvittorio Pisapia. Terrorismo y Orden Público: el caso italiano. Doctrina Penal No. 5—8. Buenos Aires. 1979. Pág. 939).



Algunas consideraciones acerca de la utilidad y el dividendo en las sociedades anónimas

Jorge Delgado Calisto
Bachiller en Derecho

El reparto de utilidades es el factor que cimenta el carácter y naturaleza económica de las sociedades anónimas y su adquisición por los accionistas en forma de dividendo en un elemento sino esencial, por lo menos normal en la costumbre societaria. En este artículo, vamos a tratar de establecer algunas pautas que sirvan para conceptualizar lo que debe entenderse por utilidad y dividendo. Dado que ambos términos han sido extraídos de las ciencias económicas, tendremos que recurrir, en algún caso, a ellas con el fin de esclarecer algunas de sus peculiaridades.

1. LA UTILIDAD

La Utilidad es el resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias. Constituye un residuo, una cifra computada que dependerá de los principios contables empleados para determinar cada uno de los elementos que entran en su cálculo. Estos elementos son dos: los ingresos y los gastos. Ambos pueden visualizarse como una corriente de recursos económicos; una que va de fuera hacia dentro de la sociedad (ingresos) y una que va de dentro hacia fuera de la misma (gastos). Se entiende por "ingreso", el resultado de la venta de mercaderías y de la prestación de servicios, y se mide por el cargo hecho a los compradores, clientes o arrendatarios por concepto de los bienes o servicios proporcionados. También se considera un ingreso, el producto de la venta de activos que no sean bienes para comerciar, los intereses financieros, los dividendos obtenidos de otras empresas y las ganancias extraordinarias, que no sean propias del objeto social. Constituye un "gasto", el costo de los bienes o servicios ofrecidos, los egresos de operación y las pérdidas. Si el flujo de ingresos es mayor al de gastos tendremos una utilidad, caso contrario la cuenta arrojará pérdidas.

Hemos señalado que la utilidad es el resultado positivo de la fusión de estos dos elementos. Pero ¿en qué momento debe realizarse esta operación? Constituye un principio básico en materia de sociedades aquel que señala que la vida de la sociedad se de-

sarrolla sin solución de continuidad. De esta forma, la fusión aludida sólo sería posible al momento de la liquidación de la sociedad. Mas, ante la necesidad de dar a las partes interesadas información periódica sobre los resultados y la situación financiera de la empresa, se recurre a la hipótesis, necesaria, pero no real, de que la vida de la sociedad puede dividirse en "ejercicios". El primer párrafo del artículo 20o. de nuestra Ley General de Sociedades, prescribe que "la distribución de utilidades puede hacerse después del balance que efectivamente las arroje".

El balance aludido no es otro que el general del ejercicio social, tal como se desprende del quinto párrafo del mismo artículo. Los artículos 250 primer párrafo, 160 cuarto párrafo, 122 inc. 1) y 78 inc. 14) corroboran lo señalado, al hacer referencia al balance del ejercicio. Nuestra ley, pues, se acoge al principio tradicional de dividir la vida de la sociedad en ejercicios, al cabo de los cuales se compilará un balance y una cuenta de resultados, que podrá sustentar una distribución de utilidades a los accionistas.

Se ha señalado, que para determinar periódicamente la utilidad se hace necesario establecer un corte imaginario de la corriente de ingresos y gastos que la componen, y ese corte es denominado "ejercicio social". Cabría preguntarnos ahora ¿Cuál es la periodicidad del ejercicio social? Todo enmarque temporal legalmente establecido tiene, sin duda, algo de arbitrario, más la necesidad de cautelar la integridad de la cifra capital, evitando la distribución de utilidades aún no realizadas o prematuras, hace que el plazo sea necesario. El artículo 122 de la L.G.S., al normar lo relativo al momento en que la Junta General Ordinaria debe reunirse para aprobar el balance y la cuenta de resultados del ejercicio y disponer la aplicación de las utilidades que hubiesen, prescribe que dicha junta debe realizarse "necesariamente una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual", orientándose nuestra Ley hacia la anualidad del ejercicio social. Esto se encuentra corroborado en los artículos 169 y 252 inc. 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. Resta señalar 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.

Consideramos que un año es un tiempo prudencial para establecer el corte contable de las operaciones sociales y reconocer, con menor margen de error, los ingresos y los gastos habidos durante ese período. El plazo de duración del ejercicio social, no viene a ser sino una primera cautela a la norma que prohíbe el reparto a los socios de utilidades no realizadas de una manera irrevocable.

Teóricamente, este corte imaginario de las operaciones sociales produce anualmente un congelamiento del flujo constante de ingresos y gastos a que nos hemos referido anteriormente. En la práctica, tal congelamiento no es absoluto, debido a que existen operaciones que se desarrollan en varios ejercicios o pueden crearse situaciones que condicionen los ingresos. Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los ingresos deviene en una labor fundamental para determinar cuáles se encuentran realizados irrevocablemente y cuales no. La dificultad sube de tono cuando se trata de averiguar lo que es una utilidad realizada de una manera irrevocable, "porque esta frase no tiene un significado preciso ni en doctrina ni en legislación"¹. Sasot Betes y Sasot, indican que "una utilidad realizada por la sociedad lleva implícito el principio de irrevocabilidad". Dicen estos autores que "si la utilidad estuviera sujeta a una condición, o fuera revocable por decisión de terceros o por hechos ajenos a la sociedad, dejaría de ser una utilidad realizada para quedar dentro de los derechos en expectativa, cuyo perfeccionamiento estaría subordinado a que no se cumpliera la condición o no se produjera la revocación"². En todo caso, la expresión en cuestión supone la existencia de un contrato definitivamente concluido de manera que los beneficios obtenidos por la sociedad no puedan ya escaparse de ella, que no se encuentren en un estado de eventualidad, y que "ningún golpe de suerte, excepto una insolvencia imprevista o una destrucción fortuita, pueda ya privárselos a la so-

ciudad"³.

El Derecho y la Contabilidad han establecido una serie de principios para reconocer en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias los ingresos y los gastos. Estos principios responden a una casuística obtenida de las diferentes modalidades de intercambio que pueda existir en el contexto mercantil. Por ejemplo, en el caso de venta de mercaderías el criterio clave para determinar cuando reconocer los ingresos, será el de la transferencia de propiedad del vendedor al comprador de los bienes vendidos o la emisión de la factura, lo que ocurra primero. Escapa a los objetivos de este artículo, el análisis de cada uno de los principios aludidos. Basta saber, que dichos criterios no son absolutos sino referenciales y se encuentran sujetos a las incertidumbres propias de las múltiples y complejas modalidades del intercambio comercial.

A diferencia de otras legislaciones, nuestra Ley General de Sociedades no señala expresamente que las utilidades deban estar realizadas de una manera irrevocable, más, debe considerarse implícito este principio en el tenor de los artículos 20o. y 259o. de la Ley, cuando se refieran a utilidades "realmente obtenidas".

Parte de la doctrina y algunas legislaciones establecen que las utilidades deben ser líquidas. Nuestra Ley no contempla este requisito, siendo suficiente la existencia de un valor, ya sea una Letra de Cambio o un crédito simple, con tal que sea reputado bueno, indiscutible y de tal naturaleza que, según los usos comerciales, pueda figurar en el activo⁴. Creemos que toda ganancia incide en el incremento del patrimonio social neto, y no únicamente de determinadas partidas del activo, como la caja por ejemplo.

De acuerdo con las deducciones que se le vayan haciendo, el término utilidad será precedido por un adjetivo o término calificativo adecuado, como "Bruta", "de operación", "neta antes del Impuesto a la Renta" y "Neta". Hasta el momento nos hemos referido a la utilidad de "operación". Para obtener una Utilidad Neta, que servirá de base para el cálculo de los dividendos, es necesario deducir todas aquellas sumas que la Ley y los estatutos ordenan; como los emolumentos correspondientes a los directores, la participación líquida y patrimonial de los trabajado-

1. La expresión pertenece a Segovia y es citada por Halperin, Isaac; en "Manual de Sociedades Anónimas", Buenos Aires, Depalma, 1971, p. 172.
2. Citado por Farina, Juan; en "Tratado de Sociedades Anónimas, Parte Especial II—B, Sociedades Anónimas", Rosario, Zeus Editora, 1979, p. 461.
3. Sussini, Miguel: "Dividendos de las Sociedades Anónimas", Buenos Aires, Depalma, 1951, p. 231 y 232.
4. En una posición muy rigurosa, respecto al requisito de liquidez antes señalado Copper—Royer, citado por Farina, Juan; op. cit., p. 461, sostiene que "sólo se pueden considerar como beneficios repartibles aquellos que se reflejan en un excedente del activo sobre el pasivo representado por dinero en caja o valores susceptibles de una efectivización inmediata". Sussini (op. cit. p. 236), parece expresar su concordancia con Copper—Royer al señalar que la idea de disponibilidad de los beneficios se encuentra anexa "a la existencia de un equilibrio entre el activo inmovilizado, el realizable y el disponible, por una parte, y el pasivo no exigible, el exigible a largo plazo y el inmediatamente exigible, por otro. Si prevalece una armonía relativa entre estos diversos elementos y si, hechos todos los cargos e imputaciones, el activo líquido o próximamente realizable sobrepasa el pasivo exigible, entonces y sólo entonces puede decirse que habrá beneficios disponibles".

res, el Impuesto a la Renta, compensar las pérdidas de ejercicios anteriores, los montos correspondientes a la reserva legal y estatutaria, participaciones de los bonos de disfrute, partes de fundador y otras. Esta utilidad neta es la que, verificados ciertos requisitos de los que nos ocuparemos en forma posterior, será pasible de distribuirse entre los accionistas en forma de dividendos.

2. EL DIVIDENDO

El accionista tiene un derecho abstracto a todas las utilidades que obtenga la sociedad, y un derecho concreto al dividendo. La diferencia entre utilidad y dividendo es neta, ya que el dividendo es la parte de esas utilidades puestas a su disposición, en base a un acuerdo del órgano social competente. Este es, sin lugar a dudas, el más importante de sus derechos patrimoniales. El artículo 109o. de la L.G.S., en su inciso 1), señala que el titular legítimo de una acción tiene derecho a "participar en el reparto de utilidades". La norma de la Ley es pertinente mas no necesaria, ya que el derecho al dividendo es el derecho a la participación social misma, y "como todo lo que es derecho natural, no necesita un reconocimiento, sea por virtud de Ley o por virtud del estatuto"⁵.

Este derecho, no implica que el accionista pueda "exigir de la sociedad el reparto de los beneficios obtenidos en cada uno de los ejercicios, ya que no puede decirse, jurídicamente considerado, que con la constitución de la sociedad el socio accionista adquiere un derecho al dividendo como lo adquieren, respecto de los intereses, quienes prestan un capital"⁶. Las utilidades del ejercicio no pertenecen al accionista sino a la entidad misma, mientras el órgano social competente no disponga su distribución.

De acuerdo con el artículo 122 de la L.G.S., el órgano social competente para disponer de las utilidades habidas durante el ejercicio social es la Junta General Ordinaria de Accionistas. Siendo el artículo en mención uno imperativo, podemos inferir, de acuerdo con el artículo 6o. de la L.G.S., que sólo dicho órgano podrá ser capaz de autorizar un reparto lícito de beneficios a los socios. Debe entenderse, además, que dicho poder es indelegable en otro órgano social. El directorio, de acuerdo con los artículos 163o. segundo párrafo, y 250o. de la L.G.S., es el órgano social competente para presentar a consideración de la Junta, dentro de los ochenta días siguientes a la terminación del ejercicio económico anual, el balance con la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de distribución de utilidades. Este órgano, es el responsable

de la veracidad de los términos del balance y de la realidad de las utilidades mostradas por la cuenta de resultados.

En la determinación del dividendo el balance cobra especial importancia, ya que no es suficiente que las utilidades arrojadas por la cuenta de resultados sean reales y se hayan efectuado todas las deducciones que la Ley y los Estatutos ordenan. Se hace necesario, además, contraponer su monto a los términos del balance, con el fin de averiguar si el capital social quedará intacto después del reparto. El artículo 259o. de la L.G.S. señala que "sólo podrán ser pagados dividendos sobre las acciones en razón de utilidades realmente obtenidas o de reservas en efectivo de libre disposición, **siempre que el valor del activo no sea inferior al capital social**" (el subrayado es nuestro). Cuando el artículo expresa "valor del Activo" se refiere al patrimonio neto, ya que para efectos de la protección del capital no sólo interesa lo que tiene la Empresa en valores del activo, sino también lo que debe en valores del pasivo. La diferencia de ambos sumado el capital social, dará el patrimonio neto.

Rubio, comentando el artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas de España (antecedente inmediato del artículo en mención), sostiene que "para que los beneficios sean reales no basta con que respondan a incrementos patrimoniales efectivamente obtenidos, sino que su importe supere definitivamente al patrimonio jurídico que apoya la explotación"⁷. Por otro lado, el artículo 20 del mismo cuerpo legal señala, en un segundo párrafo, que "cuando se pierde una parte del capital social no se hará distribución de utilidades hasta que el capital sea reintegrado o se haga la reducción en la cantidad correspondiente". Precizando el sentido de la norma, podríamos señalar que la Ley prohíbe que se efectúe la aplicación de utilidades cuando el patrimonio neto se ha visto disminuido y no se reintegre o se haga la reducción de capital correspondiente. En otras palabras la distribución de utilidades no procede mientras el patrimonio neto sea inferior al capital social. Ambos artículos, limitan el reparto de beneficios a los socios cautelando el mismo principio: La integridad del capital social.

La observancia del principio aludido, es fundamental para la marcha de la sociedad, ya que la cifra capital es la principal garantía de los acreedores sociales, del patrimonio de la sociedad, de los futuros accionistas, y en general, de todos los terceros contratantes con la sociedad. Cualquier alteración de los términos del balance; sobrevaluando las partidas del activo, subvaluando las del pasivo, ocultando el pasivo o reduciendo las amortizaciones y provisiones, origina

5. Mossa, Lorenzo: "El Derecho al Dividendo en la Sociedad por Acciones". En Revista de Derecho Comercial, Montevideo, Año VI, No. 57, Febrero de 1951, p. 55.
6. Sasot Betes, Miguel A., Sasot Betes, Miguel P.: "Sociedades Anónimas: Las Asambleas", Buenos Aires, Editorial Abaco, 1978, p. 411.
7. Rubio, Jesús: "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1967, p. 351.

rá el reparto a los socios de utilidades ficticias, en desmedro de esta cifra formal.

Resta señalar, que la ley contempla una forma de pago de dividendos con sumas distintas de las utilidades. Nos referimos al artículo 259o., antes mencionado, el cual permite efectuar el pago de los dividendos con "reservas en efectivo de libre disposición". Al respecto, debemos señalar que las reservas aludidas deben ser expresas; lo cual significa que deben figurar, obligatoriamente, en el balance. Este hecho elimina la posibilidad de una distribución con cargo a reservas tácitas u ocultas. Asimismo, "no pueden ser aquellas cuya constitución impone la Ley, ni que estén establecidas con un fin específico por la propia sociedad"⁸. La reserva legal tiene como fin específico cubrir el déficit del balance. Si el monto de la reserva legal fuera insuficiente para compensar la pérdida, las reservas voluntarias no podrán ser distribuidas como dividendos. Tanto para el caso en que el pago se realice con utilidades o si se efectúa con reservas, la Ley exige que el patrimonio neto no sea inferior al capital social.

Otra posibilidad de pago de dividendos que subyace en la Ley, es la de efectuarlo con un préstamo a tomarse por la sociedad, en caso no hubiera liquidez suficiente para tal fin. Creemos que tal operación es procedente, toda vez que nuestra Ley no exige, como señalamos anteriormente, que las utilidades a tomarse en la determinación del dividendo sean líquidas. Creemos que los administradores deben ver con cautela esta posibilidad, ya que todo préstamo incrementa el pasivo social y tiende a incidir en la posición patrimonial de la empresa. En todo caso, efectuando el desembolso del dividendo con el monto del préstamo recibido, el patrimonio neto no debe ser inferior al capital social.

No podemos concluir este artículo, sin antes hacer alusión a un problema que, si bien no genera efectos jurídicos inmediatos, tiene especial relevancia en la comprensión de la institución que venimos comentando. Nos referimos a la realidad de la utilidad desde

una perspectiva financiera.

Es lícito el reparto a los socios de utilidades que hayan sido obtenidas de acuerdo con las normas y principios a que nos hemos referido anteriormente. Pero, ¿constituye esta una utilidad real? Creemos que no. En primer lugar, porque el registro de las operaciones sociales en el balance y en la cuenta de resultados se realiza presumiendo que la unidad monetaria no sufre cambios en su poder adquisitivo. Los efectos de la inflación y devaluación no se muestran en los Estados Financieros. La valuación del inventario de mercaderías al costo LIFO u otra y la revaluación del activo fijo, no son sino paleativos a esta situación. En segundo lugar, porque si consideramos que la utilidad es el rendimiento anual del patrimonio de la sociedad, el porcentaje de utilidades debería ser por lo menos mayor que la inflación, para no incurrir en una pérdida de los valores reales.

3. CONCLUSIONES

a) La utilidad, es la diferencia positiva de los ingresos menos los gastos habidos durante el ejercicio económico anual, reconocidos como tales en la cuenta de pérdidas y ganancias.

b) Para obtener una utilidad neta, que sirva de base para el cálculo del dividendo, es necesario deducirle a la de operación todas aquellas sumas que la Ley y los estatutos ordenan.

c) Para que la utilidad neta sea distribuable a los accionistas en forma de dividendo, es necesario contraponerla a los términos del balance a efectos de verificar que el capital social quede íntegro después del reparto.

d) El dividendo puede ser pagado, en defecto de utilidades con reservas expresas de libre disposición. Excepcionalmente y a falta de liquidez, puede pagarse con un préstamo a tomarse por la sociedad. En ambos casos el patrimonio neto no debe ser inferior al capital social.

8. Montoya, Ulises: "Derecho Comercial", Tomo I, Lima, Editorial Desarrollo S.A., 1975, p. 266.

La Antártida como zona de paz

Beatriz Ramacciotti de Cubas

Profesora de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la PUC. Asesora académica del Instituto Peruano de Relaciones Internacionales.

INTRODUCCION

La Antártida es el único Continente del planeta donde no existen fronteras estatales y puede transitar-se libremente sin necesidad de pasaportes; los que la visitan reciben la imagen inusual de un blanco oasis reservado exclusivamente para el desarrollo de actividades pacíficas. Esta peculiar situación, sorprendente por cierto en un mundo abatido por las rivalidades y la violencia, es el resultado del Tratado Antártico, que tuvo el rol histórico de ser el primer acuerdo jurídico de la post-guerra en que las dos grandes potencias mundiales —Estados Unidos de América y la URSS— junto a otras naciones, decidieron excluir a la zona austral de la carrera armamentista, marcando los primeros pasos de la distensión y la coexistencia pacífica.

Vigente desde 1961 en todo el espacio que rodea al Polo Sur, vale decir en casi la décima parte del planeta, el Tratado Antártico establece la prohibición de toda acción de carácter bélico, inclusive las maniobras militares, las explosiones nucleares y la eliminación de desechos radioactivos. Estas medidas constituirían una simple declaración formal, si no estuvieran complementadas por normas precisas que garanticen el cumplimiento del Tratado; es así como se incluyeron en el pacto mecanismos de verificación, permitiéndose el envío de observadores con libre acceso a todas las estaciones científicas para el mutuo control de las diversas actividades que realizan más de veinte países en toda el área austral. Este mecanismo de control, en una zona estratégica tan sensible, constituye un elemento básico de confianza mutua que ha hecho posible el mantenimiento de la Antártida como zona desmilitarizada.

Por otro lado, es necesario resaltar que eliminándose el poder armado, no resultó difícil sustraer al helado continente del esquema de confrontación

mundial, posibilitándose en cambio, la construcción de un Sistema Antártico, en el que encontramos en una misma mesa de negociaciones, compartiendo roles protagónicos y decidiendo el futuro de la Antártida, a Estados del Norte y del Sur; del Este y el Oeste; desarrollados y subdesarrollados, de distintos sistemas políticos, incluyendo a todas las potencias nucleares, seis de los siete países con mayor población y varios miembros influyentes del Movimiento No Alineados.

La reunión de un grupo tan heterogéneo sólo se entiende identificando postulados convocantes en función de los cuales se posibilitó una organización conjunta, cuya existencia no depende tanto del grado de estratificación y poder de los Estados dentro del sistema global, sino de posiciones concretas frente a intereses comunes.

Las características tan peculiares que se acaban de citar, llevan a enfatizar que en el tratamiento del tema de la **Antártida como Zona de Paz**, se utiliza una percepción del mundo actual como un sistema global, complejo e interdependiente, donde ya no es posible analizar —cualquiera sea la realidad cuyo estudio se aborde— con el rígido esquema de las coordenadas NORTE—SUR, y ESTE—OESTE, sino que se tiene en consideración innumerables variables cruzadas donde se aprecian relaciones de cooperación o de conflicto de diversa naturaleza y magnitud, según los intereses concretos de quienes participan como actores en un determinado asunto.

En éste sentido, el estudio de la cuestión antártica —desde el punto de vista estratégico— no se agota con un análisis de los intereses de las grandes potencias en el área, aunque se reconozca su ventajosa posición tanto en la dimensión de sus actividades cuanto en su capacidad científica y económica; sino debe apreciarse como comparten de manera inevitable con los demás países con actividades en el área austral, una serie de metas comunes, que los hace, por igual, protagonistas del llamado “Sistema Antártico”.

I. EL TRATADO ANTARTICO COMO EL PRIMER ACUERDO DE DESARME DESPUES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A pesar del complejo problema que plantea el status jurídico de la Antártida y los embates que sufre el tratado por parte de aquellos que solo perciben hoy —después de casi 100 años de colonización— su significación económica y valor estratégico, es necesario reconocer que la Antártida ha permanecido hasta la fecha alejada de la tendencia universal a la confrontación que existe en las demás regiones del planeta, manteniéndose como un inmenso laboratorio científico; es decir es la excepción, en medio de un mundo conflictivo, que gasta dos millones de dólares por minuto en armas, al permanecer como un blanco oasis dedicado a la ciencia.

Esta situación lleva a la interrogante de: ¿cómo se ha podido mantener a tan vasto territorio desvinculado del fenómeno armamentista?

Hay dos elementos que deben señalarse para responder a esta pregunta:

— En parte esto ha sido posible gracias a las características geográficas de la Antártida que en si constituye una defensa natural que ha dificultado su conquista.

— Pero en segundo lugar, no puede dejar de reconocerse la presencia del tratado y del sistema antártico que han contribuido con sus principios a que esta región se mantenga como el único continente de paz en el mundo.

El tratado antártico fue el primer acuerdo de limitación de armamentos concertado después de la Segunda Guerra Mundial y su firma significó una nueva forma de entendimiento entre las dos superpotencias, pasándose de la llamada "guerra fría" a los primeros pasos de la "coexistencia pacífica", estructurando a través de la toma de decisiones por unanimidad, y el consiguiente derecho de veto para todos los estados miembros por igual, sin distinción de su orientación política, o grado de desarrollo económico, la posibilidad de tener un sistema con un conjunto de valores y principios compartidos por todos los estados miembros.

1. LOS PRINCIPIOS DEL TRATADO ANTARTICO

Los principios que a nuestro juicio han contribuido a consagrar un esquema de paz y cooperación en el sexto continente, son básicamente los siguientes:

a) Utilización Pacífica del Continente

Expresamente en el preámbulo del tratado se reconoce que "es de interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizando siempre para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de

discordia internacional"; en este sentido se consigna la necesidad de que el tratado asegure el uso pacífico de la zona en armonía con los principios enunciados en la carta de las Naciones Unidas.

b) Desmilitarización y Desnuclearización

Concretamente en la normatividad del tratado se establece tanto la desmilitarización cuanto la desnuclearización de la zona; aspectos fundamentales que tuvieron que consignarse para que el tratado gozara del consenso no solo de las grandes potencias y de las demás partes, sino de la comunidad internacional.

2. DESMILITARIZACION

En cuanto a la no-militarización, se prohíbe entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras, así como el ensayo de toda clase de armas.

Esto no impide por cierto, el empleo de personal y equipo militar para investigaciones científicas o la realización de cualquier otro fin pacífico (Art. 1).

3. DESNUCLEARIZACION

Respecto a la desnuclearización, se establece que toda explosión nuclear e incluso la eliminación de desechos radioactivos quedan prohibidas en la región. (Art. 5).

Estas disposiciones serían un poco líricas si no estuvieran complementadas con mecanismos de verificación y control; en este sentido, se ha asegurado la transparencia en la información y el conocimiento científico a través de la promoción de una cooperación efectiva, básicamente en el campo de la investigación, que obliga a un intercambio permanente de personal y experiencias entre los ocupantes de las distintas bases y refugios (Art. 3).

4. MEDIDAS DE FOMENTO DE LA CONFIANZA

Es un hecho indiscutido que cualquier acuerdo de seguridad o desarme, requiere como fundamento básico un cierto grado de confianza entre las partes que lo suscriben, que debe ir más allá de una simple declaración formal. En el caso que analizamos se partió —como acabamos de ver— por la renuncia previa y definitiva de la militarización y nuclearización de la zona; pero era necesario algo más: justamente uno de los puntos mas delicados en la negociación del tratado, especialmente por la negativa de algunos países, particularmente la Unión Soviética, fue la autorización de un sistema de control permanente de las instalaciones, bases y actividades antárticas.

Se fundamentaba esta necesidad en que, en una zona estratégica tan sensible, la mera sospecha de acti-

vidades bélicas, podría provocar un proceso armamentista irreversible.

Es así como finalmente se aceptaron normas precisas para garantizar el control mutuo del cumplimiento del tratado, mediante la autorización de inspecciones y envío de observadores con libre acceso, a todas las estaciones, instalaciones y equipos, incluso naves y aeronaves que se encuentren en las distintas regiones antárticas.

5. ADECUACION ENTRE NORMA Y REALIDAD

A nuestro juicio este mecanismo de control constituye el elemento básico de confianza que ha hecho posible el mantenimiento de la Antártida como una zona de paz.

Porque la igualdad jurídica que tienen todos los estados miembros no habría sido posible si se hubieran reproducido en la zona las profundas desigualdades existentes en el nivel de acumulación y sofisticación de armamentos que poseen los distintos miembros del tratado en otras regiones.

No creemos entonces, que la cooperación existente en la Antártida se haya producido por azar, en principio estuvo basada en una mutua conveniencia de seguridad de las dos superpotencias, para quienes resultó preferible no extender la carrera armamentista a un lugar del planeta en el que ya existían encontrados intereses territoriales por parte de siete países, donde se podía neutralizar dichas expectativas obteniendo beneficios de intereses compartidos en el campo científico.

En este sentido es que fue posible sacar del esquema de confrontación mundial a la Antártida: eliminado el poder del armamento, fue posible construir un sistema de cooperación, con valores compartidos, muy distante del sombrío panorama que tenemos en otras partes del planeta.

6. SITUACION DE LOS DISTINTOS ESTADOS DENTRO DEL SISTEMA ANTARTICO

El tratado antártico por las características que ya hemos anotado permite una presencia distinta de los estados y una participación dentro del sistema antártico, diferente y separada de su rol global dentro del sistema internacional.

De allí que haya sido posible que en una de las últimas reuniones del sistema antártico hayan ocupado la misma mesa Estados Unidos, la Unión Soviética, Gran Bretaña y Argentina en pleno conflicto de las Malvinas, por mencionar uno de los casos mas extremos.

Muchas organizaciones internacionales han fracasado precisamente porque han desvirtuado la misión para la cual fueron creadas, intentando asumir posicio-

nes en problemas ideológicos o políticos.

En cambio, el sistema antártico ha concentrado su acción al margen de estos ámbitos conflictivos, básicamente en aspectos técnicos, políticos y jurídicos que tienen relación exclusivamente con los problemas antárticos.

II. AMERICA LATINA Y EL PERU EN EL CIRCUITO ANTARTICO

Todo lo expuesto lleva a plantear cual es la participación de América Latina en este contexto.

América Latina es el continente más cercano al blanco continente y como tal recibe una influencia directa, a través de las corrientes aéreas y marítimas, en su clima y su ecología; por otro lado, Argentina y Chile, a principios de siglo, fueron los primeros países que sostuvieron asentamientos permanentes en la zona; justamente estos países son dos de los siete que tienen reivindicaciones territoriales formuladas; son miembros originarios del tratado antártico y comparten hoy en día el status de miembros consultivos con otros dos países latinoamericanos —Brasil y Uruguay— que han accedido a dicho nivel de decisión.

El Perú, es parte formal del sistema antártico desde 1981 en que se adhirió al tratado de Washington. Además de los eventuales derechos que el Perú podría invocar en la región, se ha demostrado con largueza los legítimos y directos intereses del Perú en la región meridional.

1. LA ANTARTIDA COMO ZONA DE PAZ: IMPORTANCIA PARA AMERICA LATINA

Dentro del interés estratégico y de seguridad de nuestra región, se consideró —desde 1947— a través del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) a la región Austral, dentro de su delimitación. Entonces ya se percibía la importancia que tiene para América Latina, y para el Perú en este ámbito, la conservación de la Antártida como una zona de paz efectiva, que garantiza, en parte, la seguridad continental, desde el punto de vista estratégico—militar, sin entrar a la perspectiva “seguridad—desarrollo”, pues el detalle de los aspectos económicos, ecológicos y científicos serían materia de otros análisis.

2. VALIDEZ DEL SISTEMA ANTARTICO RESPECTO DE LOS INTERESES DE AMERICA LATINA

Ahora bien ¿los intereses concretos de seguridad que tiene América Latina, son adecuadamente resguardados por el sistema antártico, o podrían —el Perú y los demás países del área— tener un mayor beneficio adhiriéndose a otras tendencias?

Existen otras dos posiciones predominantes en torno a la cuestión Antártica: son las posiciones te-

territorialistas y la que propicia que la Antártida sea declarada patrimonio común de la humanidad.

3. TERRITORIALISTAS

Los territorialistas rechazan tanto el sistema de internacionalización restringida del tratado antártico cuanto la de internacionalización amplia propuesta por los patrimonialistas; sin embargo, ninguno de los países con reivindicaciones territoriales, ha logrado cumplir con los requisitos que el derecho internacional establece para adquirir soberanía, especialmente en lo relativo a la ocupación efectiva y al reconocimiento formal de parte de otros estados; esto es tan evidente que los 7 países que han proclamado soberanía en la Antártida han aceptado participar de un régimen que si bien no desconoce expresamente, tampoco reconoce sus derechos siendo conscientes que hoy son partícipes de por lo menos un condominio de facto.

4. PATRIMONIO COMUN DE LA HUMANIDAD

Luego, en la tendencia de patrimonio común de la humanidad, tenemos a un grupo de países —en su mayor parte naciones africanas y asiáticas— que propician esta tesis mas que fundándose en un esquema teórico viable para la Antártida— en un slogan político que no acepta el sistema antártico básicamente por el hecho de que Sudáfrica está presente.

Es sabido que la teoría de patrimonio común ha sido referida a espacios no sometidos a la jurisdicción de estado alguno como es el caso de los **Fondos Marinos** y el espacio **ultraterrestre**; es evidente que el caso de la Antártida es diferente pues tiene una larga historia, muchas actividades desarrolladas y un cuerpo legal vigente que no será fácil de alterar o sustituir por

otro mejor, sin revivir los desacuerdos básicos que estuvieron presentes en 1959.

5. CONVENIENCIA DEL SISTEMA ANTARTICO

Por los inconvenientes que presentan las teorías que acabamos de reseñar, creemos que el régimen antártico vigente —especialmente desde la perspectiva de la seguridad regional y el desarme— es el mas conveniente a los intereses latinoamericanos y nacionales, teniendo en cuenta además que sus principios son aceptados en la actualidad por gran parte de la población mundial, incluyendo a las superpotencias, y a países de los cuatro puntos cardinales.

6. EL PERU Y SU POLITICA ANTARTICA

Con todas las ventajas que presenta este régimen jurídico, el Perú acertó al ingresar como miembro adherente del tratado en 1981; hoy en día estamos realizando el primer esfuerzo concreto —una expedición científica a bordo del Humboldt— que nos permitirá acceder al status pleno dentro del sistema.

Esta presencia del Perú al interior del tratado es necesaria, pues cada día se presentan con mayor nitidez una serie de desafíos externos e internos que pueden hacer peligrar la pacífica realidad sureña —y a no muy largo plazo— pues, en 1991 en que se cumplen los 30 años de vigencia del tratado antártico, será posible la revisión del mismo, si alguno de los estados contratantes así lo solicita.

Podría ser peligroso reabrir esta caja de pandora; sin embargo sean cuales fueren los desafíos del futuro, el Perú debe estar presente, básicamente para contribuir a conservar al sexto continente como una zona de paz.



FORUM DE MERCANTIL Y TRIBUTARIO
Junio 1988

Conflictos interestatales en la América Latina y la búsqueda de soluciones: cinco casos ilustrativos

Dr. Jack Child

Miembro de la Academia Internacional de la Paz. Profesor del Departamento de Lenguas y Estudios Extranjeros de The American University (Washington D.C. USA)

I. INTRODUCCION

Dentro de las severas limitaciones impuestas por estas pocas páginas, esta ponencia presentará cinco casos ilustrativos de conflictos que involucran naciones latinoamericanas, con el propósito de llegar a algunas generalizaciones y de sugerir algunas maneras en que las técnicas de resolución o limitación de conflictos pueden ayudar en la búsqueda de soluciones a estos conflictos. No se tratará de analizar a fondo todos los factores presentes en los conflictos, ni de tomar posiciones a favor de uno u otro país.

Un factor que contribuye a la complejidad y la preocupación acerca de los conflictos inter-estatales hemisféricos en el momento actual es el hecho que las situaciones conflictivas no son los conflictos relativamente sencillos de tipo territorial del pasado. La inserción de factores ideológicos, las presiones demográficas, y la creencia de que pueden estar presentes algunos recursos importantes, han contribuido a crear la idea de que un conflicto es más probable, o por lo menos más difícil de resolver, que en el pasado. Al mismo tiempo, las instituciones y los enfoques tradicionales para la limitación o resolución de estos conflictos parecen ser poco adecuados.

II. CINCO CASOS ILUSTRATIVOS¹

Los cinco casos presentados a continuación fueron seleccionados porque ilustran la complejidad de las situaciones conflictivas hemisféricas y la gama de enfoques para resolverlos o limitarlos.

A. El Conflicto Centroamericano y el Proceso Contadora.

1. El conflicto. Debido al número y los tipos de partes involucradas, es difícil presentar una definición sencilla del conflicto centroamericano. Dependiendo de la perspectiva, se lo puede visualizar como la intervención abierta o encubierta de una superpotencia contra un régimen revolucionario local (es decir, los Estados Unidos y sus aliados regionales contra Nicaragua). Desde otra perspectiva se puede definir el conflicto en términos de la amenaza presentada por un régimen revolucionario bien armado y equipado (con lazos a una potencia extrahemisférica) con la intención de exportar su revolución a sus vecinos (es decir, Nicaragua contra Costa Rica, Honduras y El Salvador). Lo que queda claro, sin embargo, es que los diferentes elementos del conflicto centroamericano están entrelazados de tal manera que las tensiones en una parte de la región tienden a producir ecos en la región en su totalidad. Es así como un enfrentamiento en un lugar determinado puede llegar a involucrar a todos los actores regionales y también a algunos extraregionales de cierta importancia. Las causas fundamentales del conflicto centroamericano están profundamente arraigadas en el ambiente social, económico y político de las naciones en cuestión. En el momento actual estos países se enfrentan al reto de la modernización y al derrumbe de un orden oligárquico anacrónico que perduró por siglos. Las guerrillas y las ideologías revolucionarias y contra-revolucionarias luchan por llenar el vacío que ha dejado la desaparición de este orden antiguo. En esta lucha cuentan con mayor o menor grado de apoyo proporcionado por fuentes externas. Estas fuentes, a su vez, internacionalizan los

(Ponencia preparada para la Academia Internacional de la Paz para ser presentada en el Seminario en Lima, el 28 de octubre de 1986)

1. Se encontrará información adicional sobre el conflicto centroamericano y el proceso Contadora en el libro recientemente publicado por la Academia Internacional de la Paz, **Conflict in Central America: Approaches to Peace and Security** (Londres: C. Hurst; Nueva York: St Martin's, 1986). Se pueden encontrar detalles sobre los conflictos suramericanos en el libro por el autor de esta ponencia, **Geopolitics and Conflict in South America** (Nueva York: Praeger, 1985).

conflictos que en su origen son esencialmente internos.

A este nivel profundo de conflicto socio-económico y político debemos añadir una segunda categoría de conflicto también presente en América Central, y que a menudo se combina con el primero: las disputas fronterizas y territoriales de tipo tradicional. Estas existen con mayor nitidez en los casos Honduras-El Salvador y Guatemala-Belice, aunque también hay problemas fronterizos históricos entre Honduras-Nicaragua y Nicaragua-Costa Rica. Viejas historias de tráfico de armas, contrabando, migración y exilados operando a través de las fronteras aumentan la tensión en estas situaciones.

Con el actual apoyo abierto del gobierno del Presidente Reagan a los grupos contra-revolucionarios (los "contras" anti-Sandinistas de varias estirpes), ya no queda duda de que el conflicto centroamericano ha traspuesto las tradicionales dimensiones locales para involucrar a los intereses y la atención de las superpotencias, agregando así una nueva y peligrosa dimensión a las tensiones en la región.

2. Métodos de resolución del conflicto. Desde la perspectiva de los métodos y enfoques de resolución de conflicto, hay numerosos factores inusitados en la actual coyuntura centroamericana. Uno de estos factores es la ausencia notoria del mecanismo regional para la resolución de conflictos en la forma de la Organización de los Estados Americanos. Esto es notable, y hasta irónico, porque ha sido precisamente en la región de Centro América donde la OEA pudo demostrar su capacidad para resolver conflictos en el período desde los años 1940 hasta mediados de los 1970. Pero estos éxitos de la OEA en materia de resolución de conflictos pertenecen a otra época, cuando las disputas eran principalmente territoriales, cuando no involucraban a países extraregionales, y cuando surgían entre los países de menor peso específico. Como tal, los países involucrados eran más susceptibles a las presiones provenientes de la OEA apoyada por los Estados Unidos. La naturaleza de los conflictos actuales en Centroamérica obviamente ha sobrepasado la capacidad de las instituciones tradicionales como la OEA, y ha dado origen al extraordinario proceso de Contadora.

El proceso de Contadora ha sido descrito como "la última y mejor posibilidad para la paz", y "la más compleja y amplia negociación que los latinoamericanos jamás han intentado". Desde sus inicios en enero del año 1983, ha tenido períodos de progreso dramático y estancamiento desalentador. También ha producido varios documentos notables: el "documento de objetivos de 21 puntos" (setiembre de 1983); los "principios de implementación" (enero de 1984); y varios anteproyectos del Acta de Contadora para la Paz y Cooperación en América Central.

Estos documentos comprueban que Contadora es mucho más que un tratado de paz para resolver un conflicto específico. Contadora contiene objetivos de corto y largo plazo que se pueden describir como una tregua inmediata seguida por un esfuerzo de desarme y un esfuerzo paralelo de desarrollo económico, político y social que intenta resolver las causas básicas de las disputas en la región. En este sentido es un "muro de contención" y un esfuerzo de paz dirigido hacia las causas directas del conflicto tanto como un mecanismo para producir cambios fundamentales a largo plazo. En otras palabras, es un "pacificador" que busca establecer las condiciones inmediatas para limitar la violencia, y un "democratizador" estimulante del fortalecimiento de los cimientos sociales, económicos y políticos para la democracia y la paz.

La necesidad de un proceso como Contadora inevitablemente plantea dudas acerca del valor de la Organización de los Estados Americanos. Lamentablemente, la existencia de Contadora refleja la incapacidad del organismo hemisférico de resolver la crisis centroamericana, y en ese sentido es un posible precursor de nuevas formas de derecho y organización internacional en el sistema interamericano.

Debido a que Contadora ha sido un esfuerzo importante y de larga duración, se lo considera (especialmente en la América Latina), como una fuerza significativa y un "proceso", cuyo ímpetu e impacto sobrepasan los problemas inmediatos que enfrenta. Desde enero de 1983 ha absorbido la energía y la atención de un número considerable de altos funcionarios latinoamericanos, quienes han aumentado sus contactos y conocimientos recíprocos en el proceso. En este sentido Contadora es una fuerza integradora, que ha aumentado la concientización y la identidad de la región, obligándola a enfrentar en forma realista muchos de sus problemas y fracasos.

Esta percepción optimista del proceso de Contadora ha sido mantenida por muchos latinoamericanos a pesar de numerosos obstáculos. Su optimismo se ha fortalecido al percibir que Contadora ha sobrevivido a la adversidad, y sigue siendo la mejor esperanza para la resolución de tensiones regionales. Esta corriente de opinión subraya que Contadora merece elogios por haber creado una especie de "detente" centroamericano desde 1983. Se opina frecuentemente que Contadora ha definido más nítidamente las tensiones y los problemas que dividen a las naciones centroamericanas.

Por su parte, los pesimistas pueden señalar que, aun después de casi cuatro años de negociaciones difíciles todavía no hay un tratado firmado ni tampoco soluciones permanentes. Aun si se firmara y ratificara un Acta de Contadora, quedan muchas dudas acerca del proceso de verificación y confirmación, lo que sugiere que algunas de las partes involucradas apoyan a Contadora solamente al nivel retórico, y están empleando el tratado como un instrumento para fortale-

cer sus propias posiciones. El estancamiento actual del proceso de Contadora, y la aparente búsqueda de soluciones militares o bilaterales, refuerza esta posición pesimista.

La ausencia de un tratado firmado, no obstante tantos esfuerzos y tanto apoyo retórico para Contadora, nos lleva a plantear una pregunta inevitable relacionada con los obstáculos que ha enfrentado Contadora. En distintos momentos del desarrollo del proceso se ha señalado, en forma de acusación, a varios de los participantes en el conflicto. Desde el comienzo del proceso de Contadora se ha cuestionado la sinceridad del apoyo de los Estados Unidos, y esto ha resaltado la naturaleza delicada de muchos de los temas enfocados por Contadora. La Administración Reagan ha apoyado retóricamente al proceso de Contadora desde su inicio, y ha explicado la falta de una participación más directa en el proceso argumentando que es una iniciativa regional en la que una mayor ingerencia norteamericana no sería conveniente. A pesar de los pronunciamientos oficiales norteamericanos, la Administración Reagan no parece mostrar ningún entusiasmo por el proceso de Contadora. El resultado lógico del cumplimiento cabal de Contadora sería una disminución dramática de la presencia histórica estadounidense en la región, en el campo militar, estratégico y diplomático.

Desde esta óptica, Contadora también representa un reto latinoamericano a los Estados Unidos en el sentido que es una iniciativa puramente latinoamericana cuya implementación conlleva una disminución de la dependencia hacia los Estados Unidos y un mayor sentido de madurez y autonomía regional. Por eso, Contadora ha adquirido un importante valor como símbolo de la independencia latinoamericana, y su rechazo o desdén significa el rechazo de la idea de que los países de la región tienen la capacidad de resolver sus propios problemas.

B. La Disputa entre Venezuela y Guyana: el Esequibo.

1. El conflicto. A diferencia de la situación conflictiva en América Central, la disputa entre Venezuela y Guyana sobre el Esequibo es del tipo más tradicional de orden bilateral, pues comprende territorio y recursos. Estos han sido de mucho mayor importancia para Guyana que para Venezuela, ya que la región en cuestión representa las dos-tercias partes de la superficie de Guyana, e incluye importantes recursos de tipo mineral, hidroeléctrico, y posiblemente de hidrocarburos. En cierto momento Gran Bretaña formaba parte de la disputa como potencia colonial, pero ya no figura en ella. Sin embargo, la disputa entre Venezuela y Guyana recibió cierta atención durante la guerra anglo-argentina de 1982, cuando algunos observadores trazaron ciertos paralelos entre las dos situaciones. La reciente adquisición por Venezuela de importantes armas de alto rendimiento, y el vencimiento de una mo-

ratória de 12 años en 1982, también contribuyeron a una mayor preocupación sobre esta disputa.

2. Métodos de resolución del conflicto. Los métodos más significativos de resolución de conflictos empleados hasta la fecha han sido bilaterales, aunque también han intervenido terceros neutrales. Desde la perspectiva venezolana la disputa surge de un laudo arbitral injusto formulado en 1899. Los venezolanos declararon este laudo nulo y sin validez en el año 1962 debido a ciertas irregularidades. En 1966 un acuerdo entre Venezuela, Gran Bretaña y Guyana creó la posibilidad de arbitraje por parte del Secretario General de las Naciones Unidas o la Corte Mundial si no se llegara a un acuerdo. Un Protocolo en 1970 (el de Puerto España) estableció un período de 12 años de moratoria, período que caducó en 1982 y de esta forma ha involucrado al Secretario General de las Naciones Unidas en la resolución de la disputa.

C. Los Anhelos Bolivianos de una Salida al Mar.

1. Los anhelos bolivianos de obtener una salida al mar son un legado de la Guerra del Pacífico (1879 – 1883) en la que Chile derrotó a Bolivia y el Perú y adquirió territorios de estos dos países. La pérdida fue especialmente grave para Bolivia, pues la convirtió en país mediterráneo. Desde ese momento, Bolivia se ha esforzado por obtener algún tipo de corredor que le permita un camino al mar. El problema geográfico se complica por el hecho de que el Tratado de Ancón, que dio fin al conflicto, requiere que Perú apruebe cualquier transacción entre Chile y Bolivia que trate de territorio anteriormente peruano. Como resultado, las propuestas para otorgarle a Bolivia una salida al mar no son de naturaleza bilateral sino trilateral. Aun cuando parece tratarse de una simple disputa territorial, los bolivianos consideran que también tiene importantes implicancias en cuanto a recursos, así como facetas profundamente sentimentales y nacionalistas.

2. Métodos de resolución del conflicto. Las complicaciones geográficas y políticas causadas por la presencia de tres naciones en la disputa han elevado el conflicto más allá del simple nivel de disputa bilateral territorial. La tendencia chilena es de tomar la posición de que no hay disputa ya que varios tratados dan acceso al mar a Bolivia por territorio chileno. A través de los años Bolivia ha tratado de presentar su reivindicación en todos los foros disponibles, incluyendo la Organización de los Estados Americanos, las Conferencias del Derecho del Mar, y el Pacto Andino. Hacia mediados de la década de los 70 se plantearon una serie de interesantes propuestas trilaterales involucrando a Chile, Perú y Bolivia que darían una salida a Bolivia. Las propuestas chilenas otorgarían dicha salida por territorios anteriormente peruanos, bajo condición de que Bolivia entregara ciertas tierras y zonas marítimas a Chile. Una propuesta peruana presentó la idea de un estrecho corredor boliviano a la ciudad

costanera de Arica, bajo una administración tri-nacional. No se ha observado mucho progreso en cuanto a estas propuestas, y Bolivia cortó las relaciones diplomáticas con Chile debido a la percepción de demoras injustificables. Distintos contactos bilaterales y trilaterales de varios tipos han continuado sin mayor éxito en años recientes.

D. Las Islas Malvinas/Falklands.

1. El conflicto. La guerra del Atlántico Sur en 1982 demostró cabalmente la gravedad de este conflicto. La disputa es esencialmente bilateral, y tiene profundas raíces históricas que se remontan al período colonial cuando las coronas de España, Francia e Inglaterra reivindicaron las Islas. La reivindicación argentina como heredero de la corona española fue frustrada por la ocupación británica, que continuó sin interrupción desde 1833 hasta abril de 1982. Hasta la fecha (fines de 1986) no se han restablecido las relaciones diplomáticas, aunque los dos gobiernos han tenido contactos a bajo nivel. La construcción de pistas de aterrizaje extensas en Puerto Stanley (Puerto Argentino) y el establecimiento de una guarnición británica permanente ("Fortress Falklands") han sido interpretados como un signo de la determinación inglesa de permanecer en las islas. Aunque el conflicto es principalmente territorial, también está presente el factor recursos en cuanto a los derechos de explotación ictiológica y la posible explotación de hidrocarburos en la región. La posesión británica de estas Islas, así como de otras islas del Atlántico Sur, es importante para su reivindicación antártica, tanto desde el punto de vista logístico como del jurídico.

2. Métodos de resolución del conflicto. Hasta el 2 de abril de 1982, la disputa corría fundamentalmente por canales bilaterales, aunque los argentinos argumentaban que estos canales eran ineficaces y que Gran Bretaña los estaba usando para prolongar indefinidamente el proceso de negociación hasta el punto de su obstaculización. Una vez que empezó la fase armada del conflicto, ambos contrincantes se empeñaron en encontrar el foro más favorable a su causa. Para los británicos éste resultó ser el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, mientras que para los argentinos fue la Organización de los Estados Americanos. Sin embargo, estos dos organismos no desempeñaron un papel decisivo en la resolución del conflicto. El primer país que jugó un papel importante como tercero fue los Estados Unidos, aunque quedó claro que eventualmente los Estados Unidos se inclinarían hacia el lado británico si fracasara la diplomacia.

Por un período de aproximadamente tres semanas (desde la ocupación de las islas por Argentina el 2 de abril hasta la reunión de la OEA hacia fines de

abril) el Secretario de Estado Alexander Haig intentó lograr un acuerdo para resolver el conflicto. Tal acuerdo habría incluido un cese de fuego, la retirada mutua de fuerzas, una administración tripartita interina, y un marco para la negociación². Una "Autoridad Interina Especial" radicada en las Islas contaría con representación de Argentina, el Reino Unido, y los Estados Unidos, cada uno con su respectiva bandera. Este esfuerzo fracasó el 29 de abril debido a desacuerdos sobre el tema de soberanía, e inmediatamente después de su fracaso los Estados Unidos impusieron sanciones contra Argentina y declararon su apoyo abierto al lado británico.

Luego de la retirada de los Estados Unidos como tercero neutral, el Perú asumió dicha función hacia fines de abril. Las propuestas peruanas eran semejantes a las anteriores, pero con un "grupo de contacto" más amplio compuesto por representantes de Brasil, Perú, la República Federal Alemana, y los Estados Unidos. La iniciativa peruana también fracasó en su intento de lograr la paz, y terminó con el hundimiento del crucero argentino ARA Belgrano en los primeros días de mayo.

Hacia fines de mayo de 1982 el Secretario General de las Naciones Unidas intentó establecer un cese de fuego y crear un clima propicio para negociaciones adicionales que incluyeran una presencia de la ONU como tercero neutral en las Islas, pero no se logró ningún acuerdo antes del período final de lucha a mediados de junio.

Desde 1982 hasta la fecha han ocurrido pocos acontecimientos que merezcan el título de "resolución de conflicto". Argentina continúa presentando su caso en los foros multilaterales, lo mismo que Gran Bretaña. Pero los contactos bilaterales entre los dos países no son significativos, ni es efectiva la labor de terceros neutrales en el conflicto³.

E. Antártida.

1. El conflicto. Los optimistas sostienen que no hay situación conflictiva actual ni potencial en la Antártida. Plantean el argumento de que el Tratado Antártico de 1961, forjado como resultado de la cooperación internacional científica durante el Año Geofísico Internacional de 1957-58, continuará indefinidamente y que no será revisado fundamentalmente cuando surja la posibilidad de hacerlo en el año 1991. Por su parte, los pesimistas resaltan las tensiones en aumento entre los distintos grupos de naciones interesadas en la Antártida y en sus posibles recursos. Estos grupos de países incluyen: los siete países que reivindican territorio antártico; los países signatarios del Tratado Antártico que no reclaman territorio; los

2. Departamento de Estado de los EEUU, Documento número 21, agosto de 1982, "The South Atlantic Crisis".

3. Therezinha de Castro, *Rumo o Antártica* (Rio de Janeiro: Livraria Jose Olympio, 1976). También su *Atlas-Texto de Geopolítica* (Rio de Janeiro: Capem, 1982).

países que no han firmado el Tratado; y, por último, los distintos movimientos ecológicos. Los pesimistas (o realistas) enfocan en forma especial a la Península Antártica que se extiende hacia el extremo meridional de América del Sur unas 600 millas a través del Pasaje de Drake. Tres países (Argentina, Chile y Gran Bretaña) tienen reclamos de soberanía sobre el mismo territorio en la Península Antártica. Al mismo tiempo, un gran número de países del Tercero Mundo viene ejerciendo presión sobre los miembros del "Club" del Tratado Antártico, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en otros foros, a fin de lograr mayor cooperación y la seguridad de que cualquier beneficio económico que surja de la explotación de los recursos antárticos, sea "patrimonio común de toda la humanidad".

Hay una preocupación especial por un número de posibles situaciones conflictivas dentro del denominado "Cuadrante Antártico Suramericano" que se extiende desde los 0 a 90 grados de longitud oeste. Estas comienzan con Argentina y Chile, dos países con una larga historia de rivalidad en las regiones australes, y que tienen reivindicaciones e intereses en competencia en la Antártida. Una distinguida geopolítica brasileña⁴ ha propuesto que este Cuadrante Antártico Suramericano se divida de acuerdo con la teoría de "defrontación" bajo la cual cada país suramericano con meridianos abiertos al Polo tendría un sector correspondiente a esos meridianos. Esto reduciría considerablemente los sectores reivindicados por la Argentina y Chile, y otorgaría sectores a Brasil (el más grande), Uruguay, Ecuador y el Perú. Un factor que aumenta la posibilidad de tensiones en esta región es la percepción generalizada de que existen importantes recursos energéticos y alimenticios, y la sospecha de que algunos países intentarán consolidar sus reclamos cuando la posible revisión del Tratado en 1991 lo permita.

2. Métodos de resolución del conflicto. La Antártida tiene un mecanismo de resolución de conflictos sui generis: el Tratado Antártico, que ha mantenido la paz y permitido la colaboración científica en ese continente durante casi treinta años. Desde una perspectiva racional, es conveniente para todos los países involucrados que este régimen pacífico continúe. Pero la sensación de ser excluidos por parte de los países no signatarios del Tratado, el descubrimiento de importantes recursos (o la simple sospecha de que existen), y las presiones de tiempo impuestas por el año 1991, pueden llevar a una o más naciones a actuar en forma unilateral para proteger sus intereses propios. Otras posibilidades incluyen enfoques regionales, como por ejemplo si los países suramericanos reclamaran el Cuadrante Suramericano para ellos, excluyendo en esta forma a otros países fuera del subcontinente. Afortunadamente, todavía queda tiempo para completar las

negociaciones pendientes para un régimen y tratado que resuelva el problema ambiental y de explotación mineral. Estas negociaciones podrían resultar en un acuerdo que complemente las disposiciones políticas y científicas del Tratado de 1961. Estas disposiciones, así como un número mayor de signatarios, ampliarían el alcance del Tratado Antártico, convirtiéndolo en un instrumento de resolución de conflictos más capaz de mantener a la Antártida como el único continente sobre la faz de la tierra que no ha experimentado la guerra.

III. LA BUSQUEDA DE SOLUCIONES: RECOMENDACIONES PARA RESOLVER O LIMITAR LOS CONFLICTOS

Debido a la complejidad de las causas de los conflictos, y a la cantidad de actores involucrados, no existe un solo enfoque que se pueda aplicar a todos o a la mayoría de las disputas hemisféricas. Incluso, en algunos casos la mejor solución es no tratar de solucionar el conflicto, con la esperanza de que al no enfrentar el problema el tiempo logrará borrar los motivos fundamentales de la disputa. Sin embargo, es posible organizar algunas recomendaciones para resolver o limitar los conflictos según las siguientes categorías:

- A. Medidas para reducir la situación o motivación conflictiva.
- B. Medidas para reducir los medios para combatir.
- C. Medidas para mejorar el mecanismo de mediación o conciliación.

A. Medidas para reducir la situación o motivación conflictiva.

Este enfoque se centra en la situación fundamental que crea el conflicto o que motiva a las partes a buscar caminos conflictivos para solucionar sus diferencias. Al respecto, es útil determinar si los temas bajo consideración se prestan a la cuantificación y como resultado son "divisibles". Los conflictos de territorio y recursos tienen estas características, ya que las superficies terrestres y los recursos que éstas contienen pueden ser medidos, y por lo tanto son mas susceptibles de un acuerdo negociado, quizás con la ayuda de terceros neutrales o de un mecanismo multilateral de mediación. En general los conflictos hemisféricos tradicionales se encontraban en esta categoría, y es lamentable que un mayor número de ellos no fuera resuelto antes de que factores ideológicos (incluyendo el honor y el orgullo nacional excesivo) complicaran su solución. Las diferencias ideológicas se prestan mucho menos a este tipo de solución, y el enfoque sugerido en estos casos sería el de no enfrentar el problema, o intentar crear medidas de integración o fomento de confianza que redujeran la probabilidad del conflicto.

4. *Washington Post*, 26 de agosto de 1986.

Donde los problemas que originan el conflicto no son divisibles, el concepto de "construcción de la paz por medio del desarrollo" ofrece posibilidades para contener el conflicto. La teoría que se emplea es que la integración económica y social entre países crea lazos funcionales que resultan en una inter-dependencia tal que el conflicto se vuelve menos probable por razones de interés propio.

En el caso especial de diferencias ideológicas, está claro que el continente nunca más tendrá el lujo de la homogeneidad ideológica, y que desde luego un paso importante para evitar el conflicto ideológico sería el compromiso sincero de aceptar el pluralismo ideológico, y abandonar los intentos de exportar o promover las ideologías más allá de las fronteras.

B. Medidas para reducir los medios para combatir.

El segundo enfoque trata de disminuir los medios militares para librar combate, planteando que esto hace menos probable la guerra, y de ocurrir esta, el daño será más limitado.

Los intentos de limitar el tamaño y el equipo de las fuerzas armadas en el continente por medio de acuerdos o entendimientos internacionales no han tenido mucho éxito. Sin embargo, parecería que desde mediados de la década de los 80 está surgiendo una oportunidad histórica de llegar a un acuerdo sobre tales límites. La oportunidad se está creando, especialmente en América del Sur, por una convergencia de corrientes de democratización, gran preocupación por niveles masivos de deuda internacional, y una búsqueda de soluciones comunes a los problemas del desarrollo. El aumento de la integración y las comunicaciones entre los países latinoamericanos sugiere que podrían producirse acuerdos subregionales y hasta regionales en materia de limitaciones de armamentos.

Un proyecto fructífero sería emprender un estudio extenso (quizás bajo el patrocinio de SELA) con el fin de documentar los costos de las instituciones militares y de las compras de armamentos, y evaluar el impacto que tendría la reorientación de estos fondos hacia metas de desarrollo económico o social. Estudios de este tipo salieron del movimiento Ayacucho hacia fines de la década de los 70, y quizás podrían ser reanudados. Se podría fortalecer el propio movimiento Ayacucho como una iniciativa en el campo de limitación de armamentos, quizás ligada a un amplio régimen de fomento de confianza en América del Sur, con énfasis en una mayor comunicación e integración internacional.

Un tema sumamente preocupante es el de la posible proliferación nuclear, especialmente entre los dos países situados en el "umbral" nuclear por ser los que

tienen la mayor capacidad de construir un dispositivo nuclear: Argentina y Brasil. Aunque no es muy probable que una de estas naciones desarrolle un arma nuclear, y es difícil imaginar su utilidad militar, el tema de la no-proliferación nuclear es importante. El Tratado de Tlatelolco, y una serie de acuerdos que fomentan la cooperación argentino-brasileña (incluyendo algunos en el área nuclear) han fortalecido las medidas para la no-proliferación⁵.

C. Medidas para mejorar el mecanismo de mediación o conciliación.

Una tendencia especialmente preocupante en los últimos cuatro lustros ha sido el decaimiento del mecanismo tradicional de mediación y conciliación representado por el Sistema Interamericano y su principal cuerpo institucional, la Organización de los Estados Americanos. Se puede señalar como responsables a muchos factores, incluyendo la polarización causada por varios problemas (entre ellos el conflicto Malvinas/Falklands), la tendencia de buscar soluciones fuera de la OEA, y el hecho de que los conflictos actuales son mucho más complicados que los bilaterales y territoriales entre estados pequeños que la OEA era capaz de manejar.

Un producto, y a la vez una causa, de este decaimiento en el sistema interamericano de paz y seguridad ha sido la tendencia de dejar el sistema de lado, o emplearlo simplemente como un trampolín para tomar ciertas posiciones retóricas. En los últimos años los Estados Unidos se han inclinado hacia el uso de un multilateralismo selectivo para lograr sus metas, trabajando por medio de aliados regionales (caso América Central) o de arreglos subregionales de seguridad (caso de la Organización de Estados del Caribe Oriental en la invasión de Grenada). Este proceso ha dañado profundamente al tradicional sistema interamericano, y debe ser abandonado, reemplazándolo con un mayor compromiso hemisférico hacia una nueva forma de seguridad colectiva que pueda proteger los legítimos intereses de seguridad de los Estados Unidos y la América Latina.

Esta nueva forma de seguridad colectiva dentro del sistema interamericano no puede basarse en estrechas alianzas contra una amenaza exterior, como ocurrió con el Eje en la Segunda Guerra Mundial y el Marxismo-Leninismo en los años de la Guerra Fría. Lo que se necesita es llegar a un acuerdo común resaltando la conveniencia para cada país continental de que se respeten los principios fundamentales de la no-intervención y la solución pacífica de controversia. Esto a su vez requiere un mecanismo efectivo para detectar y hacer pública cualquier violación de estos principios. Tal mecanismo podría ser un sistema de paz y seguridad interamericano revitalizado, reorien-

5. Informes de la Academia Internacional de la Paz: Número 8, *Weapons of Peace: How New Technology can Revitalize Peacekeeping* (1980), y Número 17, *Peacekeeping and Technology: Concepts for the Future* (1983).

tado, y ligado a un régimen de fomento de confianza que podría surgir del proceso de Contadora.

El concepto y los principios de dicho régimen de fomento de confianza (en inglés: "confidence-building regime") forman la base de la idea-fuerza de Contadora. La primera prioridad clara es lograr una solución pacífica del conjunto entrelazado de conflictos centroamericanos y caribeños mediante el proceso de Contadora. Esto podría incluir contactos directos entre los Estados Unidos y Cuba y el intento de ampliar las bases del sistema de paz y seguridad para incluir a Cuba.

Una vez que se logre un acuerdo amplio sobre el conjunto de conflictos centroamericanos por medio del proceso de Contadora, este proceso y sus mecanismos de verificación y control deben ser institucionalizados dentro del sistema interamericano de paz y seguridad. Este desenlace puede dar nueva vida a los organismos pertinentes de la OEA, incluyendo los tradicionales elementos de observación de la paz que han caído en el desuso en años recientes. Como se ha indicado en otros informes⁶ algunos avances recientes en materia de tecnología de observación de la paz permitirían la verificación del proceso de Contadora con mucho menor personal en el terreno, comparado con lo que hubiera sido necesario años atrás.

De producirse la implementación del proceso de paz de Contadora y su integración efectiva dentro del sistema interamericano de paz y seguridad, surgirá una oportunidad única de ampliar este proceso y emplearlo para cubrir otras regiones del continente. El éxito del intento de establecer una "zona de paz" en América Central dentro de un régimen de fomento de confianza puede crear tal oportunidad. Algunos pasos pertinentes podrían ser:

a. El estudio detallado de las medidas para fomentar la confianza (en inglés: "confidence-building measures") que hayan tenido éxito en América Central, así como la posibilidad de transferirlas a América del Sur. Algunas de las medidas para fomentar la confianza que se han mencionado en el contexto de Contadora y América Central incluyen: medidas para limitar el tamaño y el equipo de las instituciones militares; medidas para limitar ciertos tipos de equipo y operaciones en zonas fronterizas de tensión; la notificación de maniobras y operaciones que puedan interpretarse como amenazas; el intercambio de personal militar; la compilación y diseminación de información sobre unidades y equipo militar; el patrullaje conjunto de fronteras; las líneas de comunicación directa (en inglés: "hot lines") entre adversarios potenciales.

b. La re-orientación de los elementos militares del sistema de paz y seguridad apartándolos de su enfoque anti-comunista actual, reduciendo al mismo tiempo el perfil estadounidense en ellos, a fin de convertirlos en instrumentos más fidedignos de apoyo y verificación del Acta de Contadora y del régimen de fomento de confianza que pueda surgir de éste. Los elementos militares incluyen el Colegio y la Junta Interamericana de Defensa; las conferencias periódicas de los jefes de fuerza americanas (ejércitos, marinas, y fuerzas aéreas); las maniobras militares; y las escuelas y colegios militares internacionales. Si no se siguen estos pasos, el empleo de estos organismos para verificar y controlar el proceso Contadora no contará con la confianza de los países involucrados, por la percepción de que estas instituciones están bajo una excesiva influencia norteamericana.

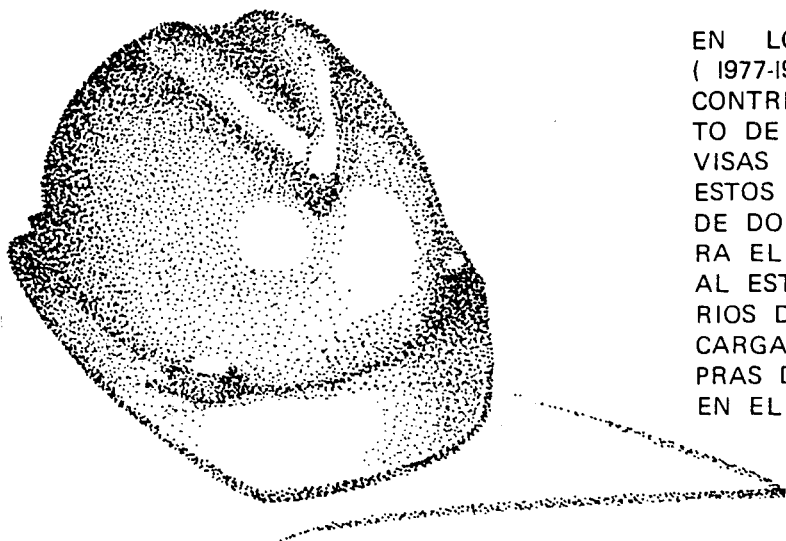
c. La participación en este nuevo sistema interamericano de paz y seguridad debe ser ampliada para incluir a los estados actualmente excluidos, o que han preferido no participar. Con este fin se debe revisar el artículo 8 de la Carta de la OEA para permitir la entrada de Guyana y Belice (las reformas a la Carta propuestas en Cartagena lograrán este objetivo). Se debe incentivar a Cuba para que regrese al sistema interamericano, y se deben analizar las causas por la ausencia de Canadá en el sistema. Los países continentales que no hayan firmado el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR - Tratado de Río) deben ser animados a hacerlo ya que, de no ser universal, no puede servir como instrumento efectivo para la resolución pacífica de disputas. Al mismo tiempo, se deben dismantelar las alianzas subregionales de seguridad a favor de la protección otorgada por el TIAR.

d. Se deben tomar medidas para reducir el desprestigio y las sospechas que rodean al concepto de "mantenimiento de la paz" en América Latina. Tales sospechas son justificables si se considera la manera en que el mantenimiento de la paz se ha empleado en el pasado para cubrir y justificar acciones unilaterales por parte de las naciones más fuertes. Pero el concepto del mantenimiento de la paz sigue siendo importante como medida de interposición de terceros neutrales en un conflicto. Quizás sea provechosa una participación más activa de los países latinoamericanos en las actividades de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Otro paso sería el compromiso estadounidense de desempeñar un papel mínimo en cualquier misión hemisférica de observación o mantenimiento de la paz, y un compromiso de llenar este vacío por parte de terceros que gocen de la confianza de los países involucrados en el conflicto. Estos terceros neutrales podrían ser Canadá, países Europeos, de la Mancomunidad Británica, y del Tercer Mundo en general.

Nuestro orgullo es nuestra contribución a la economía del Perú

US \$ 2,500'000,000.00

(DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE DOLARES)



EN LOS ÚLTIMOS 10 AÑOS
(1977-1986) NO SOLO HEMOS
CONTRIBUIDO AL INCREMENTO
DE LAS RESERVAS EN DI
VISAS EXTRANJERAS, SINO QUE
ESTOS 2 MIL 500 MILLONES
DE DOLARES SE USARON PA
RA EL PAGO DE IMPUESTOS
AL ESTADO, SUELDOS Y SALA
RIOS DE 6,000 TRABAJADORES.
CARGAS FINANCIERAS Y COM
PRAS DE BIENES Y SERVICIOS
EN EL MERCADO LOCAL.

SOUTHERN PERU

TIENE FE Y CONFIANZA
EN EL PERU

Mecanismos jurídicos para la seguridad regional en América Latina

El caso del Tratado de Tlatelolco **

Héctor Gros Espiell

Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica)

I. 1) El análisis de la cuestión de los "Mecanismos jurídicos para la Seguridad Regional en América Latina", obliga a precisar, con carácter previo, la cuestión de la seguridad regional, como un aspecto especialmente delimitado de la seguridad internacional, de la relación actual entre los conceptos de paz y seguridad y de la vinculación de la idea de seguridad internacional con las medidas de regulación de armamentos y desarme.

Precisados estos presupuestos ineludibles para la consideración del tema, se aplicarán las conclusiones a que se arribe en la situación de América Latina para determinar cuáles son, en función de esos criterios preliminares, los mecanismos jurídicos existentes en nuestra región para garantizar la seguridad regional.

2) La seguridad regional no puede ser un concepto desvinculado e independiente de la seguridad internacional general. El carácter global y universal, sin perjuicio de las manifestaciones regionales, de la Comunidad Internacional de nuestros días, la existencia del sistema de seguridad internacional basado en la Carta de las Naciones Unidas, el carácter prevalente de ésta frente a los acuerdos regionales (arts. 24, 39-51, 52-54 y 103) y la necesaria interrelación entre los conflictos que puedan existir en la región y que afectan a la seguridad regional y los conflictos geográficamente externos a la Zona, que también erosionan, directa o indirectamente, esta seguridad, son elementos que demuestran la unidad indivisible del concepto de seguridad y la imposibilidad de estudiar la seguri-

dad regional de la América Latina, como un concepto separado, con un sistema jurídico independiente y como la expresión de una realidad política internacional autónoma.

Como en tantos otros aspectos de la política y del derecho internacional de hoy, en materia de seguridad también el universalismo y el regionalismo no son fórmulas opuestas, expresión de una opción excluyente, sino criterios complementarios, cuya utilización debe realizarse, dentro de una concepción global y sistemática, de manera tal que, según los casos y circunstancias, se sumen unas fórmulas a otras, habida cuenta de sus ventajas relativas, según lo que dictamine el Derecho aplicable, en función de lograr el mejor cumplimiento del objetivo que se busca.

Y si el objetivo es común (Art. 1, 1) de la Carta de las Naciones Unidas y art. 2, a de la Carta Reformada de la O.E.A.), teniendo en cuenta la relación entre el sistema universal y regional (arts. 52-54 de la Carta de las Naciones Unidas y artículos 27-28 y 137 de la Carta de la O.E.A.), se habrán de aplicar de manera coordinada y armónica los procedimientos regionales y universales —en la forma que jurídicamente corresponda— para garantizar la seguridad internacional.

3) No hemos de realizar un estudio de los mecanismos para la seguridad regional en América Latina de carácter general u omnicompreensivo. Nuestro interés es, partiendo de la afirmación de ciertos conceptos

* Las ideas y criterios resumidos en esta Ponencia están desarrollados en cuatro trabajos anteriores míos, a los que me remito: 1) "La Seguridad Colectiva en América Latina y el Tratado de Tlatelolco", Anuario de Derecho Internacional, IV, 1977-1978, Universidad de Navarra, Pamplona. 2) "Desarme Regional", Anuario de Derecho Internacional, VI, 1982, Universidad de Navarra, Pamplona. 3) "Desarme Regional, Zonas Libres de Armas Nucleares y Zonas de Paz", capítulo de la obra colectiva editada por la UNESCO y titulada Disarmament and Security (en prensa). 4) "L'Article 26 de la Charte des Nations Unies, en Commentaire de la Charte des Nations Unies", Editeurs: Jean Pierre Cot, Alain Pelet et Jean Tavernier, Paris, 1985 (en prensa).

* Ponencia presentada en el Seminario Internacional "Seguridad Regional y Paz en América Latina" (Viña del Mar, Chile, 19 al 22 de noviembre de 1984).

generales sobre seguridad internacional, paz y desarme, seguridad colectiva y mecanismos regionales en América Latina, precisar, en especial, algunas ideas sobre la contribución del desarme nuclear en nuestra región (que a ese efecto, naturalmente debe entenderse como separada y distinta de los Estados Unidos), a la seguridad y a la paz.

II. 4) Precisadas estas ideas preliminares, corresponde determinar los conceptos de seguridad colectiva y de seguridad internacional, para situarlos en la Carta de las Naciones Unidas y en el Sistema Regional Americano.

El Pacto de la Sociedad de Naciones se refería ya a "la paz y la seguridad" en el primer párrafo de su preámbulo. La seguridad o la seguridad colectiva, como se le denominó entonces, era el sistema en virtud del cual, por la aplicación en especial de sus artículos 8, 10, 12, 13, 15, 16 y 17 se pretendía fundar la subsistencia de la paz internacional. La seguridad colectiva quería ser así el fundamento de la paz entre las naciones y se basaba en la existencia de un régimen en el que un Estado, para defenderse ante la agresión, no debería de contar solamente con sus propias fuerzas y las de sus aliados, sino que habría de tener, necesariamente, la cooperación de todos los otros Estados Miembros de la Sociedad de Naciones¹. Este concepto se concretó en una serie de iniciativas y en un conjunto de tratados elaborados dentro de la órbita de la Sociedad de Naciones.

La quiebra de este sistema de seguridad colectiva, prelude de la guerra de 1939—1945, si bien fue la consecuencia de un conjunto de complejas causas políticas, que se sumaron a los posibles defectos —que constituyó sin embargo, desde el punto de vista jurídico y teórico, un adelanto sensible sobre la situación anteriormente existente— propios del sistema estructurado por la Sociedad de Naciones, no habría de significar, pese a ello, el rechazo de la idea misma de la seguridad colectiva, como base necesaria de la paz.

Esta idea, más allá de la forma concreta en que la fundamentó el Pacto de la Sociedad de Naciones, se funda, o mejor dicho, resulta de la existencia de un régimen jurídico cuya aplicación importa la reacción de la comunidad internacional, por medios y procedimientos que pueden variar según el sistema por el que se opte, frente a la agresión sufrida por un Estado parte en el sistema de seguridad colectiva.

La Carta de las Naciones Unidas, en el párrafo 1 de su artículo 1, estableció como su propósito esen-

cial "el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales". La referencia a estos dos conceptos se encuentra también en los artículos 2, párrafo 6; 1, párrafos 1 y 2; 43, párrafo 1; 47, párrafo 1; 48, párrafo 1; 51, 52, párrafo 1; 73, párrafo c; 84, 99 y 106. Aunque Kelsen estimó en uno de sus primeros análisis de la Carta que la referencia a la seguridad era superflua² —idea que no reiteró en sus estudios posteriores sobre el tema, especialmente en el aparecido en el *American Journal of International Law* y que citamos a continuación— creemos, y el desarrollo político de la Carta así lo ha demostrado, que el concepto era y es útil y necesario. En la Carta de las Naciones Unidas la seguridad internacional, nueva formulación con distinto contenido jurídico y político de la idea ginebrina de la seguridad colectiva, es un fundamento necesario de la paz, ya que sin seguridad no es posible que ella esté garantizada. En una primera acepción que resulta de la Carta y en especial la que surge de la interpretación de su artículo 1, la seguridad internacional strictu sensu implica necesariamente la posibilidad por las Naciones Unidas "de tomar medidas colectivas eficaces para prever y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz; y lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz", idea que la propia Carta desarrolla normativamente en sus capítulos VI, VII y VIII. El concepto, aunque su raíz es la misma de la idea de la seguridad colectiva de la Sociedad de Naciones, va mucho más allá de la idea del Pacto de la Sociedad de Naciones y le da a la seguridad internacional un contenido nuevo, concorde con el criterio de que las Naciones Unidas poseen en principio el monopolio del uso de la fuerza, salvo los casos de legítima defensa individual o colectiva.

En efecto, mientras en el Pacto de la Sociedad de Naciones la seguridad colectiva se basa esencialmente en la necesaria y automática reacción de todos los Estados Miembros ante la agresión de que puede ser víctima uno de ellos, sin excluir la posibilidad de sanciones, especialmente económicas, que podrían ser adoptadas por la Sociedad, en la Carta de las Naciones Unidas la seguridad internacional reposa fundamentalmente en la posibilidad de la adopción de medidas, incluso aquéllas que significan el uso de la fuerza armada por el Consejo de Seguridad³.

Este concepto de seguridad internacional se confunde con la idea de seguridad colectiva. De tal mo-

1. Pierre F. Brugiére: "La sécurité collective", 1919—1945, Pedone, París 1946, p. 9; E. Benes, *Dictionnaire Diplomatique*, tomo II; J. Basdevant, *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*, Sirey, París, 1960, p. 558.

2. Hans Kelsen: "The Law of the United Nations", London Steven & Sons Limited, 1957, p. 13 "(International security is guaranteed if international peace is maintained. It seems that the addition of the words 'and security' is rather superfluous)".

3. Kelsen ha resumido magistralmente el régimen de la seguridad colectiva en el Pacto de la Sociedad de Naciones en su estudio "The future of collective security", *Revista Juríd. de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. XXI, 1951, No. 2, pp. 83—84.

do, seguridad internacional en sentido estricto⁴ y seguridad colectiva son términos sinónimos. Tal concepto de seguridad internacional resulta directamente de la letra de la Carta y, en esencia, significa el reconocimiento de que el sistema de seguridad de las Naciones Unidas es la consecuencia de las competencias atribuidas a los órganos de la Organización para resolver por medios pacíficos las controversias o para tomar medidas colectivas para prevenir y eliminar amenazas de agresión y suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos de la paz.

Pero esta acepción es sólo uno de los sentidos posibles de la expresión "seguridad internacional" en el ámbito de las Naciones Unidas. En efecto, la seguridad internacional puede ser también entendida, en un sentido más amplio⁵ y general, como "la situación de la comunidad internacional cuando la paz y la tranquilidad están aseguradas"⁶, o como el "estado que corresponde a la ausencia de peligro o a la imposibilidad de que dicho peligro exista" y resulta de una "amplia constelación de circunstancias"⁷.

Este concepto, que incluye y engloba al anterior, es el que resulta de la Resolución 2734 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada "Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional", adoptada en ocasión del XXV aniversario de las Naciones Unidas sin ningún voto en contra y de la Resolución 32/154 del 19 de diciembre de 1977 "Aplicación de la resolución sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional".

De esta Declaración, así como de la Resolución 32/154, resulta una acepción del concepto de seguridad internacional amplia y general, que es la consecuencia del respeto por los Estados de todos los principios de la Carta, tal como han sido enunciados y desarrollados en la Declaración relativa a los principios de amistad y de cooperación entre los Estados (Resolución 2625 XXV).

La seguridad colectiva, incluida dentro del concepto genérico de seguridad internacional, está referida en el párrafo 11 de la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional como uno de los elementos integrantes de esta seguridad internacional, demostrándose así que el concepto de seguridad internacional es amplio y genérico y comprende e in-

cluye al de seguridad colectiva o seguridad internacional strictu sensu⁸.

En consecuencia, puede concluirse que para tener una idea clara de la cuestión es preciso retener estas dos acepciones del concepto de seguridad internacional, en sentido estricto como sinónimo de seguridad colectiva (en su formulación actual) y en sentido amplio tal como resulta de las Resoluciones 2734 (XXV) y 32/154 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

5) La seguridad internacional en sentido lato requiere, como lo reconocen las Resoluciones 2734 (XXV) y 32/154 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, una política eficaz, realista y efectiva en materia de desarme, especialmente en lo que se refiere al desarme nuclear⁹.

El nexo entre la paz y la seguridad internacional y la regulación de los armamentos, que resulta del artículo 26 de la Carta de las Naciones Unidas, ha sido expuesto en múltiples documentos de las Naciones Unidas¹⁰.

La Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional (A/R, 2625 XXV), al desarrollar "el principio de que los Estados se abstendrán en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza" afirma que: "todos los Estados deberán realizar de buena fe negociaciones encaminadas a la rápida celebración de un tratado universal de desarme general y completo bajo un control internacional eficaz" y relaciona esta obligación con "el principio de que los Estados deberán cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido de conformidad con la Carta".

La Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional (A/R 2734 XXV), expresa que esta seguridad requiere una política eficaz, realista y efectiva en materia de desarme, especialmente en lo que se refiere al desarme nuclear.

El Documento Final de la X Sesión Extraordinaria de la Asamblea General afirma, que es preciso "buscar la seguridad en el desarme ..." "y que paz, seguridad y desarrollo económico y social son indivisibles" (párrafos 1 y 5)¹¹.

4. Así la ha calificado acertadamente Kelsen, en el artículo citado en la nota 3, p. 84.

5. Redflob: "Dictionnaire Diplomatique", t. III.

6. J. Basdevant, Dictionnaire, cit., p. 558.

7. Pierre F. Brugière, op. cit., p. 8; Redflob, Dictionnaire Diplomatique, t. III.

8. Ver Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional, Resolución 2734 (XXV), párrafo 11, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1970.

9. Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional, Resolución 2734 (XXV), párrafos 19-20, y Resolución 32/154 de 19 de diciembre de 1977, párrafo 6.

10. Nations Unies, Rapports entre le désarmement et la sécurité internationale, Désarmement, Serie d'études, No. de vente F. 82. IX. 4, Chap. II, pp. 36-45.

11. A/R. 2734 (XXV), párrafos 19-20; R. 32/154, párrafo 6; Héctor Gros Espiell, "La seguridad colectiva en América Latina y el Tratado de Tlatelolco", Anuario de Derecho Internacional, Vol. IV, Pamplona 1977-1978; Alberto Lleona y Anselem, "Desarme y seguridad colectiva", Revista de Política Internacional, 41, Madrid, marzo-abril 1973; Angel Viñas, "El Control de armamentos y la seguridad", Anuario El País, Madrid 1984, págs. 18-19.

La relación entre la regulación de los armamentos y el desarme y la seguridad internacional y viceversa, "dos caras de la misma moneda", es compleja y difícil, pero evidente e innegable¹². Si se subordina el desarme o la regulación de armamentos a la existencia previa de un régimen eficaz de seguridad colectiva, puede llegarse a un callejón sin salida. Por eso es correcto lo que se ha afirmado de que "Sólo hay una manera de escapar a este aparente círculo vicioso: el progreso en materia de desarme y de fortalecimiento de la seguridad internacional deben considerarse como medios paralelos en el esfuerzo para preservar la paz y prevenir la guerra. Si la adopción de medidas en uno de estos procesos se considera como requisito previo para adoptar medidas concretas en el otro, ello podría conducir a un callejón sin salida ... El paralelismo y la coordinación de medidas tanto en la esfera del desarme como en el de la seguridad son las únicas soluciones lógicas y prácticas del problema"¹³.

De igual modo, puede decirse, como un desarrollo de los criterios derivados del artículo 26, que la carrera armamentista, especialmente nuclear, entorpece el logro de una seguridad internacional y constituye una amenaza para la paz¹⁴.

Es por todo esto que las negociaciones SALT, las conversaciones soviético-estadounidenses sobre armas de alcance medio y armas estratégicas, los acuerdos bilaterales URSS-USA, el Tratado de 1963 relativo a la prohibición de ciertas explosiones nucleares, el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, el Tratado que prohíbe colocar armas nucleares en los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, constituyen elementos que, sin perjuicio de las reservas que algunos de ellos pueden merecernos¹⁵, deben considerarse como instrumentos que contribuyen a asegurar la existencia de la seguridad internacional. Esta afirmación no significa, sin embargo, compartir una visión optimista respecto del resultado de los esfuerzos realizados hasta hoy en materia de desarme, especialmente en el campo nuclear. Por el contrario, creemos que cuando se repasa la historia de las interminables conferencias dedicadas al tema, de los tratados celebrados y de los acuerdos bilaterales concluidos y se les enfrenta a la realidad, no es posible escapar a un sentimiento de tristeza y de frustración. En la realidad de los hechos, poco o nada se ha logrado. El enorme esfuerzo jurídico y diplomático hecho en materia de desarme y la imponente contribución formal y normativa elaborada al respecto, no han servido prácticamente para nada. Y así hoy asistimos a la

mayor y más sofisticada concentración de armamentos que imaginar se pueda, tanto por los supergrandes, como por las potencias medianas y por los países en desarrollo.

En medio de este panorama desalentador, sólo el Tratado de Tlatelolco muestra un ejemplo eficaz, realista, positivo y efectivo de desarme nuclear, que se han traducido en la verdad de que todo el Continente ha sido sustraído a la carrera armamentista nuclear. Por eso el Tratado de Tlatelolco es un instrumento esencial para conceptualizar la seguridad internacional.

6) El desarme y/o la regulación regional de armamentos, en lo que se refiere a las armas convencionales en América Latina, pese a las reiteradas declaraciones, proclamas e intentos, no han podido hasta hoy concretarse en resultados positivos ni en adelantos destacables. Por el contrario la carrera armamentista en este campo en nuestra región se ha acelerado peligrosamente en los últimos años, con negativas consecuencias políticas, económicas y sociales.

El caso de Centro América es profundamente ilustrativo¹⁵ (bis), ya que el armamentismo en la subregión, es causa y consecuencia del agravamiento de la tensión en la Zona y factor incompatible con todo intento de pacificación y de normalización en el istmo. Por eso los plausibles esfuerzos del Grupo Contadora, —última esperanza para la paz en el lugar— que impulsados e integrados en la acción de las Naciones Unidas, ya que la Asamblea General ha endosado sus planteamientos y patrocinado su acción y que no es incompatible con la Organización de Estados Americanos, conceptualizada como un mecanismo para la seguridad regional, han tenido fundamentalmente en cuenta la cuestión de la regulación de los armamentos, de la no introducción de armas y de medidas concretas para salvaguardar los principios de no intervención y libre determinación de los pueblos, directamente afectados por la carrera armamentista regional.

7) No hay duda, a nuestro juicio, como resulta de todo lo anteriormente dicho, respecto de la estrecha relación que une los conceptos de seguridad colectiva, —universal y regional—, desarme —universal y regional—, paz —universal y regional— y desarrollo económico y social —universal y regional—.

Es por eso que queremos finalizar este capítulo, con los siguientes conceptos del Secretario General

12. S-10/2, Document Final, I, Introduction.

13. Nations Unies, Rapports entre le désarmement et la sécurité internationale, Désarmement, Ser e d'études No. 8, No. de vente S.82.IX.4, 43; Antonio Remiro Brotons, Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales, pp. 218-219.

14. Nations Unies, Rapports entre le désarmement et la Sécurité internationale, cit., Chap. I., paragraphes 15, 25 y 26; S-10/2, Document final de la dixième session extraordinaire de l'assemblée générale, paragraphes 11 y 12.

15. Héctor Gros Espiell, "El desarme y las zonas desnuclearizadas", Revista de Occidente, marzo-abril 1976, 3a. Época, 5/6, Madrid.

15. (bis) Josef Goldblat and Víctor Millán: "The Honduras-Nicaragua conflict and prospects for arms control in Central America", SIPRI, Year-book, 1984, pp. 514-554.

de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuéllar:

“Creo que el objetivo más urgente es rehabilitar el principio de la acción colectiva para la paz y la seguridad que figura en la Carta, para que las Naciones Unidas sean capaces de hacerse cargo de ese tema esencial. Fue la ausencia de un sistema eficaz de seguridad colectiva en el marco de las Naciones Unidas que, entre otros factores, llevó a la segunda guerra mundial. La situación actual es, ciertamente, diferente, pero los gobiernos no tienen necesidad menor de un sistema viable de seguridad colectiva en el que puedan tener plena confianza. Sin un sistema así los gobiernos se sentirán obligados a armarse más allá de sus medios para asegurar su propia seguridad nacional y de tal manera sólo contribuirán a acrecentar la inseguridad general. Sin un sistema de seguridad colectiva la comunidad internacional será impotente para hacer frente al aventurismo militar que amenaza la estructura de la paz internacional y, por vía de consecuencia, el riesgo de una escalada y de la extensión de los conflictos se acrecentará. Sin un sistema de seguridad colectiva los pequeños y los débiles no tendrán ningún medio seguro de defensa o de protección. En fin, sin un sistema de seguridad colectiva, todos los esfuerzos que desplegamos en el plano económico y social, que tienen necesidad de un impulso colectivo, están en riesgo de fracasar”¹⁵ (bis).

III. En el ámbito americano¹⁶ la Conferencia de Chapultepec en la Declaración final, preconizó meses antes de la adopción de la Carta de San Francisco, un “sistema general de seguridad mundial en el marco del cual debería existir un sistema regional americano de seguridad colectiva”.

En 1948 la Carta de Bogotá se refirió en varias de sus disposiciones a la seguridad y en especial, el artículo 4, letra a, fijó como uno de los propósitos de la OEA el de “afianzar la paz y la seguridad del Continente”, disposición que se mantuvo luego de las reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires de 1967 y en el proyecto actualmente a estudio de reforma.

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, de 1947, tuvo como finalidad “asegurar la paz por todos los medios posibles, proveer ayuda recípro-

ca efectiva para hacer frente a los ataques armados contra cualquier Estado americano y ... las amenazas de agresión contra cualquiera de ellos” (párrafo final del preámbulo). El párrafo segundo del preámbulo se refiere a “los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que sean susceptibles de acción regional”.

El Protocolo de Reformas al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (San José, Costa Rica, Julio de 1975), que aún no está en vigor, dice en el segundo párrafo de su preámbulo: “Que es indispensable que la seguridad y la paz entre las Naciones Americanas sean garantizadas por un instrumento acorde con la realidad histórica y los principios del Sistema Interamericano”.

9) La Carta de la OEA, el Protocolo de Buenos Aires, el Tratado de Río de 1947 y su Protocolo de Reformas de 1975, son instrumentos internacionales regionales destinados, dentro del sistema regulado por los artículos 52 y 53 de la Carta de las Naciones Unidas, a establecer la seguridad internacional, en el sentido más amplio de la expresión, en el Continente Americano. No constituyen, a nuestro juicio, instrumentos que establezcan un régimen de seguridad colectiva o de seguridad internacional en sentido estricto y autónomo, ya que sólo puede funcionar el régimen de medidas coercitivas colectivas del Sistema Interamericano, de acuerdo con las previsiones de la Carta de las Naciones Unidas que suponen la autorización del Consejo de Seguridad.

Por eso la distinción entre seguridad colectiva y legítima defensa colectiva es necesaria y evita peligros equívocos.

La seguridad colectiva strictu sensu, a que nos hemos referido en el párrafo 4 existe “cuando la protección de los derechos de los Estados y la reacción contra la violación de la ley asume el carácter de una acción colectiva coercitiva”¹⁷. El ejercicio de esta acción es una competencia del Consejo de Seguridad.

En cambio, la legítima defensa colectiva, prevista en el artículo 52 de la Carta, que cumple una función protectora, es una reacción descentralizada frente a un ataque armado¹⁸.

15 (bis) Rapport du Secrétaire Général sur l'Activité del l'Organization, 1982, p. 6.

16. Para las características del concepto de seguridad colectiva en América con interesantes reflexiones sobre el problema general de seguridad, véase Josef L. Kunz, *The idea of collective security in Pan American developments, The changing law of nations*, Ohio State University Press, 1968, pp. 707–736; y Francisco Orrego Vicuña, *El Sistema Interamericano de Seguridad Colectiva. Evolución política e instrumentalización jurídica*, en Rodrigo Díaz A. *Antecedentes, balance y perspectivas del Sistema Interamericano*, Santiago de Chile, 1977.

17. Hans Kelsen, “Collective security and collective self defense under the Charter of the United Nations”, *American Journal of International Law*, 1048, pp. 783–795. Véase también el estudio de Kelsen citado en la nota 20 y la traducción al español de la monografía publicada en el *American Journal*, que apareció en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año IV, No. 15, julio 1949, Buenos Aires, pp. 767–786.

18. Sobre esta cuestión y en el mismo sentido que preconizamos, Antonio Gómez Robledo, *Las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano*. El Colegio de México, 1974, pp. 51–55; César Sepúlveda, *El Sistema Interamericano, Mudanza y Transición*, Universidad de Valladolid, 1963, pp. 33; Ismael Moreno Pino, *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*, México, 1977, pp. 172–173, César Sepúlveda, “Meditaciones sobre el Tratado de Río de Janeiro”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. IV.

La relación entre ambos institutos supone que la legítima defensa debe ceder ante el ejercicio de la seguridad colectiva.

10) En principio el Tratado de Río organiza la legítima defensa colectiva de los Estados americanos. Su función respecto de la seguridad colectiva *strictu sensu*, es la de constituir un instrumento que funciona dentro y de manera subordinada a las competencias específicas que en la materia posee, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad¹⁹.

No corresponde a la naturaleza de esta Ponencia hacer un juicio sobre lo que ha significado el Tratado de Río para la seguridad colectiva de América. La verdad es que ha cumplido una función, discutible pero real, en el caso de conflictos o agresiones intracontinentales. En cambio nada ha significado en relación a agresiones extracontinentales. El caso de las Malvinas demostró que, vinculado necesariamente al Tratado de Washington, es inaplicable en el caso de una agresión de un país de la OTAN a un país latinoamericano. Como dijimos en mayo de 1982, cuando se discutía su aplicación frente a la agresión inglesa a la América Latina, previendo su no aplicación:

"El Tratado de Río habría demostrado que no sirve para nada en los casos realmente trascendentales y graves y que su sola aplicación posible se reduce a los casos de agresión intracontinental, previo visto bueno de los Estados Unidos, en un conflicto entre pequeños Estados latinoamericanos. Triste y decepcionante conclusión"¹⁹ (bis).

IV. 11) Partiendo de las afirmaciones hechas en los párrafos anteriores, puede concluirse que el Tratado de Tlatelolco no integra, *strictu sensu*, el sistema de seguridad colectiva de América Latina. Este sistema reiteramos, se basa exclusivamente en las competencias que al respecto posee el Consejo de Seguridad y en el funcionamiento del Tratado de Río de Janeiro de manera coordinada y subordinada a las previsiones de la Carta de las Naciones Unidas.

En cambio, el Tratado de Tlatelolco es un elemento esencial para la existencia de la seguridad internacional, *latu sensu*, en la región latinoamericana, y clave indispensable para asegurar su seguridad y por ende la paz regional. El proyecto de reforma de la Carta de la OEA, elaborado en 1975 así lo reconoció al proyectarse incluir en el párrafo g) del artículo 2 de la futura Carta, una disposición que establece, entre los propósitos de la Organización de los Estados Ame-

ricanos, el de: "Coadyuvar a la proscripción de las armas nucleares en la América Latina como contribución al fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales"²⁰.

Esta es, como ya hemos señalado, la conclusión que surge de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el fortalecimiento de la Seguridad Internacional (Resolución 2734 XXV), ya que en ella se establece en los párrafos 19 y 20 la necesaria relación entre el fortalecimiento de la seguridad internacional y el desarme, especialmente referido a las armas nucleares. Tal criterio fue confirmado en la Resolución 32/154 del 19 de diciembre de 1977 (Aplicación de la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional), al incluir la adopción de medidas eficaces de desarme, en especial el desarme nuclear, como uno de los aspectos necesarios para la seguridad internacional.

12) La Asamblea General, en su Resolución 3472 (XXX) del 11 de diciembre de 1975, sobre el "Estudio de la cuestión de las zonas libres de armas nucleares en todos sus aspectos", reconoció la relación entre la seguridad internacional y la existencia de zonas libres de armas nucleares, expresando "que el establecimiento de zonas libres de armas nucleares puede contribuir a la seguridad de los Miembros de tales zonas ...".

Al respecto, confirmando este juicio y refutando ciertos puntos de vista erróneos expuestos sobre el tema, he dicho en palabras que resumen adecuadamente mi pensamiento:

"La posesión de estas armas crea, para los Estados que disponen de ellas, el riesgo constante de ser víctimas de un ataque nuclear destinado a destruir su arsenal nuclear. Por tanto, el establecimiento de zonas militarmente desnuclearizadas aumenta la seguridad de los Estados no nucleares y contribuye a reducir las posibilidades de enfrentamientos bélicos nucleares"²¹.

Al respecto creo que cabe recordar lo que dije en el discurso inaugural del Cuarto Período Ordinario de Sesiones de la Conferencia General del OPANAL, en 1975, ya que expuse concreta y claramente mi opinión en la materia:

"Se acepta que es una evidente verdad que la creación de zonas militarmente desnuclearizadas significa un aporte necesario y urgente a la paz universal por parte de los Estados que, sin renunciar en forma alguna al progreso científico y tecnológico deriva-

19. No entramos, por ser ajeno estrictamente al punto que es objeto de nuestro análisis, a la cuestión del concepto de "medidas colectivas" en la Carta de San Francisco y su incidencia sobre las atribuciones que en lo pertinente pueden poseer los órganos del Sistema Interamericano.

19 (bis) Héctor Gros Espiell: "El Tratado de Río y el Tratado del Atlántico Norte, Revista Internacional y Diplomática, No. 378, Mayo 1982, pp. 9-10. México.

20. OEA/Ser. G/CP/CG-557/75 rev. 20, 6 de Noviembre de 1975.

21. Las zonas desnuclearizadas, Nueva Política, Vol. II, No. 5-6, Abril-Setiembre, 1977, México, p. 192.

do de la utilización pacífica del átomo, reconocen que la posesión de armas nucleares no defendería su propia seguridad ya que, por el contrario, los convertiría en blanco inevitable de los ataques con estas armas. La tenencia de armas atómicas no constituye ninguna forma de seguro de defensa frente a posibles ataques de otros Estados nucleares, ni atribuye, como algunos ingenua y erróneamente creen, un prestigio político internacional. Por el contrario, significa una pérdida irreparable para ese prestigio que se busca, ya que demuestra el absurdo infantilismo de que en vez de utilizarse los recursos de la ciencia y la tecnología para el progreso, se destinan a una aventura carente de sentido, de eficacia y de razón de ser. El intento de poseer armas nucleares aparejará tan sólo la iniciación de una loca carrera armamentista, capaz de comprometer para siempre toda posibilidad de progreso económico y de desarrollo social, sin ninguna ventaja para la seguridad, la defensa de la soberanía y la integridad territorial de los Estados que las llegaran a poseer.

Las zonas militarmente desnuclearizadas, al circunscribir las regiones en las que pueden teóricamente existir conflictos bélicos nucleares a los territorios de las potencias poseedoras de armas atómicas, reducen las posibilidades de estos conflictos y hacen recaer exclusivamente sobre los Estados que poseen la responsabilidad de esta forma de guerra apocalíptica, creando así una especie de cuarentena en torno a los territorios desde los que puede desatarse un conflicto de este tipo y sobre los que puede recaer el terror de la devastación masiva, consecuencia del uso de armas nucleares”.

Y la Conferencia General del OPANAL, en la Declaración aprobada en ocasión del décimo aniversario

del Tratado, el 14 de febrero de 1977, expresó que: “América Latina con este ejemplo, ha aportado a la humanidad una fórmula eficaz, práctica y realista para disminuir y circunscribir los peligros de una conflagración nuclear, haciendo con ello una contribución capital para el desarme y, en consecuencia, para la paz y la seguridad internacionales”.

V. 13) Sin seguridad internacional, universal y/o, regional, no puede haber paz. La paz en América Latina no puede ser el resultado de una política de intervención y de fuerza, ni un resultado de la acción de las potencias hegemónicas. Ha de ser la consecuencia de la existencia y aplicación de un régimen jurídico, basado en la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA, que respete y cumpla los principios y fundamentos del Derecho Internacional de hoy.

Y esta seguridad internacional, que supone necesariamente una política adecuada y eficaz de desarme y de regulación de armamentos, tanto en lo que se refiere a las armas convencionales como a las armas nucleares, tiene en el Tratado de Tlatelolco y en la existencia de una Zona libre de Armas Nucleares en América Latina, una contribución de alto y singular valor.

14) La Paz en América, en la crítica situación actual, especialmente en lo que se refiere a la América Central, no reposa ni está condicionada por la existencia de esta Zona libre de armas nucleares. Pero no hay duda de que esta Zona constituye un aporte a esa paz y que su existencia es un elemento que reduce y limita la tipificación de los posibles conflictos bélicos en la Zona, generando con ello, y con el espíritu que está en el fundamento del Tratado de Tlatelolco, una actitud que aporta, sin duda, elementos para la seguridad regional y, por ende, para la paz en la América Latina.

Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después

Javier de Belaúnde L. de R.

Profesor del área de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

Uno de los aspectos que más se ha destacado del Libro Primero del nuevo Código Civil, sobre el Derecho de las Personas, es el relativo al tratamiento coherente de la desaparición, ausencia y muerte presunta¹.

El presente artículo pretende aportar a la evaluación de la vigencia de la normatividad sobre la materia en los 3 años de aplicación del Código Civil de 1984. Para ello nos ha interesado constatar, principalmente, lo que viene ocurriendo en el mundo judicial. Estas líneas son el resultado de una investigación realizada a fines de 1987 en 10 de los 30 Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Lima.

1. NECESIDAD SOCIAL Y OBJETIVOS BUSCADOS POR EL LEGISLADOR

Resulta necesario resolver coherentemente los problemas que se presentan a partir de la DESAPARICION de una persona de su domicilio y del lugar habitual de sus actividades, sin que se tenga noticias de ella. Esta situación conlleva generalmente el abandono de la familia y de los intereses del desaparecido, por ello se considera fundamental la intervención del Derecho. Se busca, precisamente, cautelar tales intereses y los de sus causahabientes.

Tal como precisa Díez-Picazo y Gullón, "la ausencia, en sentido material, es una falta de presencia. Está ausente quien en un momento determinado no se encuentra en un lugar donde ha de estar"². No obstante jurídicamente, se requiere algo más; la falta de noticias que genera progresivamente incertidumbre sobre su existencia, originada por el tiempo transcurrido, ("quien da noticias de sí está lejos, no es un de-

saparecido": Messineo) y la falta de quien vea por los intereses del ausente.

Existe, pues, una necesidad social de prever y resolver la multiplicidad de situaciones que la ausencia (en sentido amplio) de una persona, puede generar. Esta necesidad ha sido más apremiante en determinados contextos históricos. Así, a nadie escapa la vinculación de legislaciones como la italiana con una problemática derivada de la guerra. Pero resulta evidente que más allá de la temática generada por un contexto bélico, estas situaciones se producen en la vida cotidiana de los pueblos.

La legislación comparada, dentro de la ausencia, distingue distintas fases: a) persona simplemente desaparecida; b) situación de ausencia legal; c) declaración de fallecimiento. "En el primer caso no hay razón especial para poner en duda la vida del desaparecido, aunque su falta de presencia y el descuido en que quedaron sus asuntos (si los tenía) exige que (cuando sea preciso) se nombre un defensor para que los atienda. En el segundo, al resultar insólito que, viviendo, no se sepa de él, se duda si el ausente vive o no, pero se estima más probable que sí. En el tercero, sin estarse nunca seguro de la muerte, se considera más probable que haya acaecido"³.

En el Perú, el codificador del 84 ha querido abordar esa problemática superando el tratamiento inadecuado de nuestra legislación precedente, en la cual no sólo no había en el Código Civil de 1936 un tratamiento sistemático, sino que coexistían normas del Código de Procedimientos Civiles dictadas bajo la vigencia del Código Civil de 1852, que no concordaban plenamente con el Código Civil de 1936, y cuya in-

1. Fernández Sessarego, Carlos: *Derecho de las Personas*; Lima, Studium, 1986; pp. 115 y 267.

2. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*; Madrid, Ed. Tecnos, 1981; Vol. I, p. 308.

3. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", Barcelona, Librería Bosch, 1983; Vol. I, p. 334.

4. Con su rigor habitual, quizás la sistematización más completa la hizo Héctor Cornejo Chávez: "Derecho Familiar Peruano"; Lima, 1970; T. III, pp. 270 y ss.

interpretación traía no pocas dificultades⁴; se trataba al ausente como incapaz relativo; no se distinguía adecuadamente la desaparición de la ausencia; se dejaba de lado la consideración de situaciones vinculadas a derechos personales (el matrimonio, por ejemplo); se aludía a la muerte presunta (Arts. 611 y 612 del Código Civil de 1936) sin mencionarla o de modo poco claro (inc. 2 del Art. 1069). Por ello, el codificador de 1984 buscó dar una respuesta sistemática y coherente, superando las deficiencias precedentes, a la necesidad social de defender los intereses del ausente.

2) EL CODIGO CIVIL DE 1984

El nuevo Código diferencia tres situaciones posibles: la desaparición (Arts. 47 y 48), la declaración de ausencia (Arts. 49 a 60) y la muerte presunta (Arts. 63 a 69).

2.1) Desaparición

El Código no ha previsto explícitamente una declaración judicial de desaparición. No obstante, ella se configura cuando concurren tres supuestos: una persona no se halla en el lugar de su domicilio (no se requiere plazo), se carece de noticias sobre su paradero y no tiene mandatario con facultades suficientes. A petición de parte interesada o del Ministerio Público, puede proceder por el Juez la designación de un curador interino. De acuerdo a la amplísima remisión del Art. 48, tal curatela se rige, en cuanto sea pertinente, por las disposiciones de los Arts. 564 a 618.

Como precisa Fernández Sessarego, "el hecho de la desaparición, como lo señala el propio Art. 47, genera como única consecuencia jurídica la designación de un curador interino encargado de custodiar los bienes del desaparecido. El Art. 47 no imputa ningún otro efecto jurídico aparte del que acabamos de mencionar". "Lo que pretende el codificador es la custodia de los bienes del desaparecido cuando no exista representante con poderes suficientes"⁵.

No hay consecuencias jurídicas que importen asumir una duda sobre la vida del desaparecido. De otro lado, las facultades del curador no atañen a la persona del ausente. La curatela es a los bienes, no a la persona (Art. 597 del Código Civil).

2.2) Declaración de Ausencia

De acuerdo a la regulación del Código, cualquiera con legítimo interés o el Ministerio Público puede pedir la declaración de ausencia, si el hecho de la desaparición de una persona dura más de dos años.

A diferencia de la desaparición, el Código define que la ausencia requiere de una declaración judicial expresa que supone, como elemento de hecho, la de-

saparición, con el añadido de un transcurso de tiempo.

Esta declaración judicial de ausencia, no supone necesariamente el previo nombramiento de un curador.

El principal efecto jurídico de la declaración de ausencia está previsto en el Art. 50 del Código Civil. El juez ordena dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente. Salvo casos de necesidad o utilidad, los bienes materia de la posesión temporal no pueden ser enajenados ni gravados (Arts. 51 y 52). A solicitud de cualquiera de los que hubiesen obtenido tal posesión temporal, procede la designación de un administrador judicial (Art. 54).

A diferencia de la situación de simple desaparición, en la cual la existencia de un apoderado hace innecesaria la designación de curador, la declaración de ausencia extingue los poderes otorgados por el ausente (Art. 53). Es que "en lo que respecta a la vida del ausente, la declaración de ausencia legal significa la apertura de la existencia de un estado de duda oficial sobre ella"⁶.

A pesar del desliz del segundo párrafo del Art. 334 del Código Civil, es indudable que la ausencia no es más en nuestro Código causal de incapacidad. Entre otros efectos que produce la declaración judicial de ausencia, podemos citar la suspensión de la patria potestad (Art. 466) y la extinción de la sociedad de gananciales (Art. 318).

Los efectos de la declaración judicial de ausencia cesan ya sea por el regreso del ausente o por la designación de apoderado con facultades suficientes hecha por el ausente con posterioridad a la declaración, o por la comprobación de la muerte del ausente o la declaración judicial de muerte presunta (Art. 59).

2.3) Declaración de muerte presunta

La constatación de la desaparición con el consiguiente nombramiento de curador y la declaración de ausencia no afectan la personalidad. La declaración judicial de muerte presunta, en cambio, sí. Importa, en determinados casos, reputar muerto a un desaparecido.

El Título VII del Libro I del Código Civil, regula, de un lado, la muerte natural, y de otro, la muerte presunta. La declaración de muerte presunta opera en casos en que la desaparición se ha prolongado en

5. Fernández Sessarego, Carlos: op. cit., pp. 268 y 270.

6. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: op. cit., p. 309.

el tiempo, lo suficiente como para hacer presumir que la carencia de noticias, significa razonablemente la muerte, o en casos en que la desaparición se produjo en circunstancias de riesgo evidente de muerte. En ambos casos, no se cuenta con un cadáver o éste no ha sido reconocido. El Art. 63 del Código Civil, prevé tres casos:

- a) Cuando hayan transcurrido 10 años desde las últimas noticias del desaparecido ó 5 si es que tuviere más de 80 años de edad;
- b) Cuando hayan transcurrido dos años y la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte;
- c) Cuando exista certeza de la muerte sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

La declaración de muerte presunta no requiere la previa declaración de ausencia. Los efectos jurídicos, son todos los de la muerte. Jurídicamente un muerto presunto es un muerto. El Art. 64 del Código Civil, en esa línea, aclara que "la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido". Dicha resolución se inscribe en el Registro de Defunciones.

Cuestión interesante constituye el tratamiento que da el Código Civil en el Capítulo Tercero al Reconocimiento de Existencia. El Código se pone en el caso, por cierto posible, de que el muerto presunto aparezca. Este reconocimiento cabe en el mismo proceso en el cual se declaró al reaparecido como muerto presunto.

Patrimonialmente, el reconocimiento de existencia faculta a la persona a reivindicar sus bienes. El Art. 68, de otro lado, ha resuelto quizás el tema de mayor trascendencia que plantea el reconocimiento de existencia: ¿qué ocurre si el cónyuge del muerto presunto contrajo un nuevo matrimonio? La solución del Código es totalmente coherente con el supuesto de que la declaración de muerte presunta genera todos los efectos jurídicos de la extinción de personalidad. El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiera contraído el cónyuge del muerto presunto.

3. LA JURISPRUDENCIA Y LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL (*)

No pretendemos extraer conclusiones definitivas de la investigación que se ha realizado en un tercio de los Juzgados Civiles de Lima. No obstante, creemos que la muestra es significativa y que aporta información sobre la vigencia del Código Civil en sus tres años, respecto al tema de la desaparición, ausencia y muerte presunta.

(*) El presente trabajo se ha podido hacer gracias a la colaboración de los Señores Jueces de los siguientes Juzgados Civiles: 3er., 5to., 8vo., 9no., 12vo., 16to., 17mo., 18vo. 23er. y 25to., y a la ayuda para la recopilación de información de los señores Gherman Canelo, Martha Zegarra, Luis Enrique Villacorta, Marco Palacios, Isabel Herrera, Laura Espinosa—Saldaña y Cecilia Flores.

3.1) El propósito de la investigación ha sido el siguiente:

- Averiguar el número y frecuencia de casos entre el 1o. de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1987.
- Establecer su significado respecto al número total de causas tramitadas en los Juzgados.
- Precisar cómo funciona la normatividad sustantiva y procesal y detectar los eventuales problemas para su aplicación práctica.
- Establecer cuál es el rol que viene cumpliendo el Ministerio Público en estos procedimientos.
- Al identificar eventuales problemas de aplicación, sugerir posibles modificaciones legislativas.

Admitiendo que se trata de una normatividad para situaciones excepcionales, establecimos como hipótesis que los casos deberían ser escasos y que probablemente el número mayor se referiría a las solicitudes de curatela debido a desaparición, luego suponíamos un número menor de casos de declaración de ausencia y un número muy reducido de casos de declaración de muerte presunta.

Como método para la investigación se ha usado el siguiente. En primer lugar se entrevistó a los diez jueces seleccionados al azar, se revisó los libros de los juzgados que dan cuenta del ingreso de causas y de las sentencias, así como se revisó, en la medida de lo posible, los expedientes.

En los tres años se puede encontrar solamente dos casos de curatela de bienes por desaparición. No obstante, en este aspecto los datos no resultan muy confiables por el sistema de registro de demandas imperante en los juzgados, en los cuales no se detalla con precisión qué tipo de curatela es la que se solicita. Revisamos todos los casos y pudimos establecer que solamente habían dos referidos a este tipo de curatela. Encontramos un total de 14 casos de solicitudes de declaración de ausencia y 24 de muerte presunta.

Sobre la distribución de los casos por años, el estado de los mismos y el sentido de las resoluciones, tenemos los siguientes cuadros:

1. Número de casos

	Año			Total
	1985	1986	1987	
Curatela	2	0	0	2
Ausencia	6	4	4	14
Muerte Presunta	2	12	10	24
	10	16	14	40

2. Estado de los casos

	Resueltos	En trámite	Abandonados
Curatela	2	—	—
Ausencia	8	6	
Muerte Presunta	14	8	2

3. Sentido de las resoluciones

	Fundada	Infundada/ Improcedente
Curatela	2	0
Ausencia	5	1*
Muerte Presunta	14	0

(*) Hubo otro caso que el Juzgado declaró infundado y que la Corte revocó, amparando la demanda. No hay datos de resultado en dos.

3.2) De los datos precedentes y del análisis de los expedientes, podemos concluir lo siguiente:

a) Si bien no se pudo contar en todos los juzgados con el número total de causas que se presentaron en un año, podemos concluir que estamos ante una casuística que no ocupa ni el 0.1 o/o del movimiento judicial. Estamos pues ante un porcentaje escasísimo de casos.

b) La frecuencia de los casos es a la inversa de nuestra hipótesis. Mayor es el número de causas sobre muerte presunta que los pedidos de declaración de ausencia y los seguidos para el nombramiento de curador por desaparición.

c) Dentro de lo reducido de la casuística, 1985 ocupa el menor número de casos, y entre 1986–1987 un número mayor, aunque la diferencia no es muy importante. Probablemente esto se vincula con la difusión del Código Civil.

d) La proporción de causas que continúan en trámite es mayor en los pedidos de declaración de ausencia que en los de muerte presunta. Además todas las causas en trámite en los casos de muerte presunta ingresaron en 1987, no así las de declaración de ausencia.

e) Todas las causas resueltas han significado el amparo de la solicitud formulada, salvo un caso de ausencia.

f) En ninguno de los casos el Ministerio Público ha solicitado ni la curatela, ni la declaración de ausencia, ni la declaración de muerte presunta.

g) Son principalmente los parientes más cercanos y principalmente el cónyuge el que presenta la solicitud.

h) De los 31 casos, solamente hemos encontrado dos vinculados entre sí, es decir una situación factual (la desaparición de la persona) que origina primero la declaración de ausencia y luego la declaración de muerte presunta. (Antes, en 1981 se había nombrado guardador al amparo de la legislación anterior).

i) En ningún caso se varió un pedido de declara-

ción de muerte presunta por una declaración de ausencia. (Art. 66 del Código Civil).

3.3) ¿Cómo explicar la escasez de casos y los datos precedentes?

En primer término, creo que debemos entender que se trata de una normatividad para situaciones excepcionales. No estamos ante una regulación de situaciones normales en la vida de las personas. Como punto de partida tenemos que admitir que en esta constatación está el origen de lo limitado del número de casos.

No obstante, resulta llamativa su escasez, más aún en un contexto social en el cual organizaciones vinculadas a la defensa de los derechos de la persona dan cuenta de números importantes por lo menos para los antecedentes históricos del Perú de desapariciones. Ensayemos una explicación:

i) Salvo en el caso de la muerte presunta, donde podemos encontrar aspectos distintos a los patrimoniales, se trata de una normatividad que regula básicamente la guarda de un patrimonio; ello hace que el tema interese básicamente a quienes tienen intereses patrimoniales específicos.

El pedido no sólo de curatela de bienes, sino de declaración de ausencia o muerte presunta, resulta basado fundamentalmente en el interés patrimonial. Dudosamente quien no tenga un interés patrimonial concreto recurrirá a la administración de justicia para seguir un procedimiento que importa costos.

Una justicia civil como la nuestra, donde recurrir a ella importa gastos considerables, hace, a nuestro entender, que sólo busquen el amparo de la normatividad bajo análisis, quienes patrimonialmente tienen algo que ganar con el proceso. Así, en un juzgado encontramos un número importante de casos de muerte presunta en 1986 (8 de los 12). ¿Qué había ocurrido? Había naufragado un barco en las costas centroamericanas. Los familiares se habían apersonado a la empresa naviera a cobrar los beneficios que les correspondían. La empresa antes de abonárselos, exigió la declaración de muerte presunta. Este interés económico concreto movió a estas personas a recurrir al Poder Judicial solicitando la declaración de muerte presunta. Antes no lo habrían hecho y probablemente no lo iban a hacer —dada la estrechez de sus medios económicos— de no mediar una exigencia como la reseñada.

ii) Creemos estar ante un aspecto de la legislación civil que no sólo se vincula con situaciones excepcionales, sino que atañe básicamente a un sector de la población. Podríamos decir, a los que viven en la legalidad y tienen intereses patrimoniales. Contra lo afirmado, podría afirmarse que la declaración de muerte presunta puede interesar a personas casadas para resolver una situación matrimonial. Si bien ello es cierto, a pesar de su relatividad (un divorcio por cau-

sal de abandono injustificado tiene plazos menores), es cierto también que una convivencia matrimonial supone vivir en la legalidad, como opción a la mera convivencia. Una pareja de convivientes, no encontraría en sus relaciones personales motivos suficientes para recurrir al órgano jurisdiccional solicitando una declaración de muerte presunta.

iii) El costo de acceso a la administración de justicia no sólo explica a nuestro entender los pocos casos, sino que dentro de ellos sean más los solicitados para la declaración de muerte presunta. Un Juez entrevistado nos hizo referencia al costo que, por ejemplo, implicaban los inventarios exigidos por el Código (Art. 51) en el caso de la declaración de ausencia. Otro, al costo de las publicaciones. En la declaración de muerte presunta se accede al patrimonio definitivamente. La declaración de ausencia origina la posesión **temporal** de los bienes del ausente, y una situación de administración con las consiguientes responsabilidades. En la desaparición, el nombramiento de curador sólo importa la ejecución de actos de custodia y conservación (Art. 602 del Código Civil).

Es decir, en las consecuencias jurídicas de cada una de estas situaciones, estaría la explicación de las razones del mayor número de casos de muerte presunta. Dados los costos de la administración de justicia, quien tiene un interés patrimonial concreto opta por la declaración de muerte presunta porque resuelve el problema de una manera definitiva, cosa que no ocurre ni en la declaración de ausencia, ni en la curatela de bienes.

3.4) ¿Cuáles son las actitudes y preocupaciones que hemos encontrado en los Jueces?

— En primer lugar, hemos encontrado en los jueces entrevistados una visión positiva del Código Civil en torno a la previsión de estos casos. Así, estiman que no existen problemas importantes en lo sustantivo y procesal que ameriten una reforma legislativa, ni en el Código Civil de 1984 ni en el Decreto Legislativo 310.

— Los jueces consideran que la aplicación de la muerte presunta resulta más clara. Respecto a la declaración de ausencia hay una mayor reticencia (debido al plazo), lo que estaría explicando la situación y número de expedientes en trámite en cada caso.

— El Ministerio Público no solamente no ha solicitado nunca nombramiento de curador, ni declaración de ausencia o muerte presunta, sino que tiene una actitud muy cauta. En los expedientes analizados hemos encontrado una actuación del Ministerio Público bastante exigente, aunque muchas veces las exigencias puedan parecer exageradas.

— Se presentan problemas interesantes con las pruebas exigidas. En ese sentido la actitud de Fiscales y Jueces no es uniforme. En un caso, por ejemplo,

se solicitó la declaración de muerte presunta de una persona por parte de todos sus hermanos. La prueba principal resultó el testimonio de quienes habrían solicitado tal declaración. Hay, de otro lado, un privilegio a la prueba policial. Así, se merita o se exige la denuncia policial por desaparición ante la División de Personas Desaparecidas de la PIP. Esta denuncia y las pesquisas policiales se estiman pruebas importantes.

No obstante, el tema central de preocupación de los jueces es el tipo de pruebas que resultan idóneas para comprobar la ausencia. Vinculado a este tema algunos jueces han mencionado el problema de las publicaciones. No sólo el económico. Un juez lo expresó así: “la escasa difusión del periódico encargado de los avisos judiciales en la Capital de la República, pues muy pocos leen el periódico oficial, convierte a la publicación en un formulismo para declarar ausente a una persona que ha desaparecido del lugar por más de dos años”.

— Vinculado al tema probatorio y a la publicidad de estos pedidos un juez expresó su preocupación sobre los fenómenos migratorios en nuestro país y la posible aplicación de esta normatividad: “el intenso movimiento demográfico de los habitantes de las regiones naturales del país, esto es Sierra y Montaña con destino a la Costa, se produce la ausencia hasta por décadas del sujeto migrante y naturalmente surge el problema de probar que ese sujeto ha muerto o desaparecido en algún lugar de la Costa, generalmente en Lima Metropolitana, y los bienes abandonados en las regiones de la Sierra y Montaña requieren el nombramiento del guardador para su administración y finalmente la declaración de presunta muerte por parte de los presuntos herederos”.

— A algunos jueces les preocupa que se pueda dar efectos de ausencia o muerte presunta a determinadas situaciones, sin que medie la declaración judicial correspondiente. Así, refieren pedidos hechos en esa línea en procedimientos de alimentos (para acceder al amparo alimenticio de los abuelos), claramente improcedentes. No obstante, uno de los casos estudiados hizo que esta preocupación —que inicialmente no nos pareció importante— tomara cuerpo. En un caso, se demandó a una empresa de transportes el pago de daños y perjuicios por la muerte presunta de una persona. Había caído un vehículo a un río y no se había encontrado el cadáver. El Juzgado de Primera Instancia, con buen sentido, declaró improcedente la demanda para el pago de daños y perjuicios, estableciendo que previamente debería tramitarse un procedimiento de declaración de muerte presunta. No obstante, la Corte Superior revocó tal sentencia y ordenó el pago de los daños y perjuicios, admitiendo de paso la muerte presunta.

4. ALGUNOS TEMAS A PROPOSITO DE LA JURISPRUDENCIA Y DE COMENTARIOS DOCTRINALES

La promulgación del Código Civil ha originado un debate sin precedentes recientes. Foros, conferencias, libros, artículos y comentarios diversos se han producido en estos tres años de vigencia. El tema: las novedades del Código Civil de 1984. Los párrafos siguientes intentan reseñar y analizar las principales objeciones que se han hecho referentes a la parte del Código que estamos analizando, así como algunos temas que nos parecen importantes, sugeridos por la investigación realizada.

a) Plazo para la desaparición

Fernando Romero Díez Canseco, en diversos artículos periodísticos ha reclamado la necesidad de que el nombramiento de curador del desaparecido esté precedido de la constatación de un plazo de desaparición. Esta objeción ha sido contestada por Carlos Fernández Sessarego, ponente del Libro de Personas, sosteniendo que la necesidad de atender con prontitud los intereses del desaparecido no admite plazo. Que el Código, precisamente, intenta evitar los perjuicios que desencadena la desatención de los asuntos de la persona que ha desaparecido. De alguna manera se trata de una situación de emergencia que no permite plazo.

No obstante mencionar que al respecto no hemos observado en la práctica judicial que se haya planteado el tema como problema, concordamos con la opinión del Dr. Fernández Sessarego.

b) ¿Es necesaria una declaración judicial de desaparición?

El art. 47 del Código Civil no prevé la declaración de desaparición. El ponente del Libro de Personas lo explica: "La **Desaparición**, por constituir un hecho, debe ser comprobada por el juez. El hecho de la desaparición no requiere de declaración judicial alguna. Se aprehende, como todos los hechos de la experiencia, por la simple observación del fenómeno. En esto se diferencia claramente de la **ausencia**, situación en la cual si se exige la declaración judicial sobre la base del hecho comprobado de la desaparición de la persona y la verificación del transcurso del tiempo"⁷.

No obstante, el inc. 2 del Art. 2030 del Código Civil, en el Libro de Registros Públicos, considera inscribible en el Registro Personal, "las resoluciones que declaren la **desaparición**, ausencia, muerte presunta y reconocimiento de existencia de las personas".

Para el Dr. Fernández Sessarego se trata de un error de deseable enmienda, atribuible a que la Comi-

sión Reformadora no preparó proyecto alguno sobre Registros Públicos, y el elaborado por la Comisión Revisora no fue consultado a los integrantes de la Reformadora, ni al ponente del Libro de Personas.

No obstante, esta norma ya existía en el Proyecto que la Comisión Revisora publicó en febrero de 1984⁸, y parece ser más fruto de una divergencia de perspectiva que un error. La Exposición de Motivos del Libro de Registros Públicos elaborada por los Dres. Jack Bigio Ch. y Víctor Raúl Ramírez V., y aprobada por la Comisión Revisora, sostiene un punto de vista divergente.

"En lo que se refiere al inciso 2 habría que hacer algunas aclaraciones.

Tanto la desaparición como la ausencia son hechos que ocurren y que no necesitan declaración judicial alguna para que se produzcan. Así, con o sin declaración judicial, la desaparición o la ausencia cuando ocurren, tienen que ser admitidas como tales.

Ocurridas en la realidad, necesitan sin embargo de declaración judicial con el objeto de que produzcan las consecuencias jurídicas que el Código les asigna.

Dicha declaración judicial no es por lo tanto constitutiva de los hechos señalados. Es simplemente declarativa de los mismos y constitutiva de sus efectos.

Producida la desaparición, la declaración judicial correspondiente no va a constituir dicha desaparición. Simplemente la va a reconocer y va a constituir sus efectos, esto es, el nombramiento de un curador interino (artículo 47).

Lo mismo ocurrirá en el caso del ausente, con el otorgamiento de la posesión temporal de sus bienes a quien corresponda (artículo 50).

Se puede discutir la procedencia del término "declaren" a propósito de la desaparición, con el argumento de que el artículo 47 no establece la declaración judicial de desaparición a diferencia de lo que sucede con la declaración de ausencia en el artículo 49.

Lo que ocurre es que la declaración judicial que nombra curador interino, resulta siendo aunque el art. 47 no lo señale, una declaración tácita de la desaparición, por cuanto si esta última no se produjera como tal, carecería de objeto la designación de curador interino"⁹.

7. Fernández Sessarego, Carlos: op. cit., p. 271.

8. Comisión Revisora del Código Civil: Proyecto de Código Civil. En: Diario Oficial "El Peruano" del 21 de febrero de 1984. Separata Especial, p. 112.

9. Comisión Revisora del Código Civil: Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil. En: Diario Oficial "El Peruano" del 19 de julio de 1987. Separata especial, p. 29.

Particularmente, coincidimos con las razones y punto de vista de la Comisión Revisora. No obstante, debido a la escasez de casos no ha sido posible establecer cuál viene siendo la práctica judicial sobre el punto.

c) ¿Cuáles normas de la curatela son aplicables?

El Art. 48 del Código Civil hace una remisión sumamente amplia a todos los artículos de la curatela en tanto sean aplicables. Una remisión de tal amplitud resulta desconcertante, ya que dentro del título referente a la curatela existen diferentes casos de curatela y curadores con facultades distintas; así está la curatela para el incapaz privado de discernimiento, para el pródigo, mal gestor, etc. Por cierto, está también la curatela de bienes. Héctor Cornejo Chávez estima acertadamente que las disposiciones pertinentes son los Arts. 597, 569 y 573, de un lado, y de otro los Arts. 602, 603 y 605 del Código Civil¹⁰.

d) ¿Puede declararse la ausencia sin el nombramiento previo de curador interino?

El Código Civil no lo exige. El comentario autorizado del Dr. Carlos Fernández Sessarego ratifica que ello es posible.

No obstante, el segundo párrafo del Art. 50 del Código Civil ha generado algunas dudas, en cuanto establece que en la declaración judicial de ausencia se ordenará la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla y que "si no hubiere persona con esta calidad **continuará** respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el Art. 47".

El término "continuará" sugiere una solución de continuidad y puede originar la idea de la necesidad de nombrar con anterioridad a la declaración de ausencia, a un curador de bienes. No obstante, nos parece más una imprecisión en la redacción que la expresión de una voluntad del legislador para que la declaración de ausencia esté precedida necesariamente por el nombramiento de curador de bienes.

No obstante, nos parece encontrar un vacío: ¿qué ocurre si no existen herederos forzosos y no se designó previamente curador? Es el caso, por ejemplo, de un ausente que tiene solamente hermanos. En este caso, la declaración judicial de ausencia no procedería, ya que se colige del Art. 50 que aquella no puede producirse en términos generales, desvinculada del otorgamiento de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos. La declaración de ausencia debe producirse, interpretando el Art. 50, sólo en caso de que el ausente tenga herederos forzosos. Si ello no es así, tal declaración no puede producirse. De otro lado, los otros

efectos legales que produce la declaración de ausencia, suponen herederos forzosos (disolución de la sociedad de gananciales o pérdida de la patria potestad).

Entendemos, pues, que si alguna persona con legítimo interés o el Ministerio Público, solicita la declaración judicial de ausencia de una persona sin herederos forzosos, la declaración de ausencia no procede. El Art. 50 en su segunda parte resuelve el problema si es que el desaparecido tiene el curador previsto en el Art. 47: prosigue la curatela. Si no hay curador, hay un vacío en el Código.

Entendemos que corresponde —en un caso como este— aplicar el Art. VII del Título Preliminar por el Juez y nombrar un curador, en razón de la necesidad de velar por los intereses del desaparecido.

En nuestra investigación encontramos un caso en el cual los hermanos pidieron la declaración de ausencia de un desaparecido que no tenía herederos forzosos, y a quien previamente se le había designado guardador de sus bienes. El Juzgado, erradamente, declaró la ausencia y dio la posesión provisional de los bienes a la guardadora.

e) El derecho de los hermanos

El tema anterior nos vincula al análisis de cuál es la posición de los hermanos en una declaración de ausencia y en una de muerte presunta. Los hermanos no son herederos forzosos, sí son herederos legales. Como sabemos, heredero forzoso es el que no puede ser excluido por la vía de testamento (salvo indignidad o desheredación). El heredero no forzoso es el que puede ser eliminado por testamento.

Puede darse el caso de un desaparecido que tenga sólo hermanos. No ha otorgado testamento. Ellos son herederos legales mas no forzosos. Pueden pedir la muerte presunta y como herederos legales acceder al patrimonio del muerto presunto. En cambio no pueden recibir la posesión provisional si se solicitara la declaración de ausencia.

Esta situación no sólo puede generar un impase sin solución en el caso de que el Juez estime aplicable el Art. 66 del Código Civil, es decir si considera que no hay mérito a declarar la muerte presunta, más si la ausencia, sino que en términos generales parece que la solución del Código de excluir a los hermanos de la posesión temporal no es adecuada.

El Código Civil peruano se ha apartado aquí del Código Civil italiano que en su Art. 50 prevé que el Tribunal ordena, en el caso de la declaración de ausencia, la apertura de actos de última voluntad. La posesión es a los herederos testamentarios o legítimos y a "todos aquellos a los cuales corresponderían dere-

10. Cornejo Chávez, Héctor: op. cit., Lima, Studium, 1985; T. II, p. 442.

chos dependientes de la muerte del ausente”.

En realidad no encontramos ninguna razón para excluir a los hermanos de la posesión temporal, si es que no hay parientes más próximos.

a) De un lado pueden tener legítimo interés para pedirla (Art. 49 del Código Civil) si no hay un testamento que los excluya de la herencia.

b) Pueden tener derecho a recibir alimentos (Art. 474 y 475 del Código Civil).

c) Puede corresponderles la curatela de los bienes del desaparecido (Art. 569 y 597 del Código Civil).

Entendemos que la solución de nuestro Código sobre este particular origina objetivamente una falta de interés de los hermanos para pedir la declaración de ausencia. Podríamos encontrar aquí una de las causas de que los procedimientos para declaración de ausencia sean menos frecuentes que los de muerte presunta. En realidad, los hermanos de quien no tiene parientes más cercanos, tendrían interés real para solicitar la muerte presunta, pero ninguno para solicitar la declaración de ausencia.

f) Juez competente

El Dr. Héctor Cornejo Chávez ha hecho notar en el Código Civil una falta de concordancia entre normas del Libro de Personas con normas del Libro de Familia sobre el juez competente para el nombramiento del curador de los bienes del desaparecido¹¹. El Art. 47 señala que el Juez competente es el del lugar del último domicilio del desaparecido o del lugar donde se encuentren sus bienes. No obstante, el Art. 601 señala que el Juez competente es el del lugar donde se encuentran los bienes. La solución que da el Dr. Cornejo Chávez es por la competencia más amplia del Art. 47.

No obstante esta falta de concordancia, no hemos encontrado judicialmente ningún problema en su aplicación. Quizás la vigencia del Art. 1274 del Código de Procedimientos Civiles, que contiene solución similar a la del Art. 47 del Código Civil, ha facilitado su aplicación.

g) El Defensor de Ausente

Algunos jueces entrevistados han dado cuenta de la existencia de una confusión inicial por parte de algunos litigantes, respecto al nombramiento de Defensor de Ausente y a la declaración de ausencia.

Debe dejarse aclarado que la normatividad procesal contenida en el Art. 29 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles es una cuestión autónoma totalmente a la que se ha desarrollado en este artículo. El Art. 29 del Código de Procedimientos Civiles establece que a falta de apoderado o insuficiencia del poder de éste, representan en el juicio a quien se ha separado o desaparecido del lugar de domicilio de su residencia, las personas que allí se establecen. Por eso es frecuente el nombramiento de defensores de ausente en procedimientos judiciales. No obstante, esta es una institución procesal que es perfectamente autónoma de la normatividad del Código Civil que analizamos.

La representación de ausentes regulada en los Arts. 29 al 39 del Código de Procedimientos Civiles atañe a una representación en juicio, y sólo para estos propósitos. Tan esto es cierto que el Art. 36 del Código de Procedimientos Civiles establece que cesa esta representación cuando se nombra guardador, cuando se otorga la posesión provisional y cuando se otorga la posesión definitiva (debemos entender, concordando con la normatividad sustantiva vigente, que ello ocurre cuando se nombra curador de bienes al desaparecido, se le declara ausente o muerto presunto).

h) El nuevo matrimonio del cónyuge del muerto presunto

No obstante que no hemos registrado caso alguno de reconocimiento de existencia de muerto presunto, lo que resulta explicable en el contexto de lo antes analizado, cabe destacar que un tema que ha resultado muy discutido teóricamente, ha sido la solución dada en el Código Civil referente al matrimonio del cónyuge del muerto presunto, cuya existencia se reconoce posteriormente.

En el Perú se barajaron soluciones distintas:

i) El anteproyecto del Dr. Fernández Sessarego planteó la nulidad del nuevo matrimonio, considerando que el matrimonio sólo concluye con la muerte natural, y que no era coherente que la reaparición faculte a reivindicar bienes y no a recuperar el estado matrimonial.

ii) El proyecto de la Comisión Reformadora, introdujo una modificación al planteamiento anterior. El cónyuge del reaparecido venía a tener una suerte de opción entre el nuevo matrimonio y el anterior.

iii) El Código Civil ha reconocido la validez plena del segundo matrimonio (Art. 68) al establecer que “el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge”. No obstante, las autorizadas opiniones que se han dado en contra de esta solución¹², nos parece la mejor:

11. Cornejo Chávez, Héctor: Loc. cit., p. 442.

12. Por ejemplo la del Dr. Augusto Ferrero en “El concepto de “ausencia” en el Código Civil”. En: “El Comercio” del 30 de setiembre de 1984, p. 2.

- La declaración de muerte presunta es cosa juzgada material.
- El segundo matrimonio es totalmente válido.
- Debe contemplarse la situación humana no sólo del que reaparece, sino del cónyuge, del nuevo cónyuge y de los posibles hijos del nuevo matrimonio.
- No cabe contraer un matrimonio bajo una suerte de condición de que el muerto presunto no reaparezca.

5. TRES AÑOS DESPUES DE LA DACION DEL CODIGO CIVIL, PODEMOS CONCLUIR LO SIGUIENTE:

- a) No obstante que la normatividad sobre desaparición, ausencia y muerte presunta, es quizás —dentro del Libro I del Código Civil— una de las que más ha llamado la atención y suscitado debate en el medio jurídico, su aplicación ha sido muy escasa.
- b) La escasez no sólo se debe a lo excepcional de las situaciones reguladas, sino a que debe existir un interés económico muy claro para recurrir al amparo de

este tipo de normatividad. El acceso a la administración de justicia, costoso y lento, funciona como disuasivo, si no existe un interés patrimonial concreto.

c) El tema de los costos judiciales aparece como de la mayor importancia. Un procedimiento encarecido por costosos inventarios y publicaciones, en el esquema de una justicia civil no gratuita, hace que especialmente procedimientos como los analizados, se aborden después de un cuidadoso análisis de costo/beneficio.

d) Algunas normas, como las que excluyen a los hermanos de la posibilidad de poseer provisionalmente los bienes del ausente, pueden estar contribuyendo a hacer más inusual la aplicación de la normatividad correspondiente.

e) No obstante, los jueces y comentaristas del Código Civil concuerdan en considerar como un avance positivo la sistematización de la materia en el nuevo Código Civil.

INFORMATIVO LEGAL RODRIGO

DE LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
INFORMATIVO MENSUAL
25 Años de Experiencia

SU "ASESOR PERSONAL"

— AGIL Y PRACTICO:

- Publica las **disposiciones legales del mes**
 - . Sumilladas y ordenadas
 - . Con claros índices cronológicos y temáticos mensuales y semestrales.
- Responde a sus **consultas escritas**
- Le ofrece secciones de **actualidad jurídica**
 - . Informes
 - . Notas
 - . Jurisprudencia comentada

— ECONOMICO:

- A **l/. 3,500** la suscripción anual por los doce ejemplares y los índices semestrales.

Además ofrecemos el Boletín del Informativo Legal Rodrigo que contiene las Resoluciones que expide el Tribunal Fiscal en materia tributaria. Son 12 ejemplares al año, por el precio de l/. 3,500 la suscripción anual.

INFORMES Y SUSCRIPCIONES

Jr. Pachacútec No. 1133 — Jesús María — Teléfono: 240665

Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual

Edgardo Mercado Neumann

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC

1.— El daño, como fenómeno, se caracteriza por implicar una modificación desfavorable de la realidad pre—existente a su acontecer. Esta alteración suele perjudicar intereses que el derecho considera dignos de tutela y protección, lo que determina que pueda adquirir relevancia jurídica. Siendo así, recibe la calificación de hecho jurídico y se le asignan diversos efectos que van desde la eliminación de las consecuencias perjudiciales hasta la prevención y represión del daño.

A la organización de normas que tienen por objeto la calificación del daño y el establecimiento de sus efectos jurídicos, se le conoce como Derecho de Daños. Este derecho ha partido, tradicionalmente, de un enunciado básico: “cada uno actúa y posee a su propio riesgo y es víctima de los reveses de fortuna, substituyéndola, siempre que en esos azares haya sido comprendido otro hombre” (Planiol Marcelo y Ripert Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Pág. 671). De este modo, al daño se le agrega un nuevo elemento: la acción, que si bien constituye un hecho físicamente distinto, se encuentra unido a él en virtud del nexo de causalidad. Esta fusión entre daño y acción permite al derecho conocer el daño por sus causas e instituir la responsabilidad jurídica, cuando el evento dañino sea consecuencia de una acción humana.

2.— El derecho de daños organiza la responsabilidad jurídica dividiéndola en tres grandes campos: la responsabilidad penal, que se configura cuando el evento dañino lesiona un interés social y cuyo efecto jurídico es la pena; la responsabilidad administrativa, que emana de un atentado contra un interés público, generando como efecto principal la multa; y, la responsabilidad civil, que surge cuando se atenta contra un interés privado y cuyo efecto legal es la reparación.

En la esfera de la responsabilidad civil, el ordenamiento distingue entre la responsabilidad contractual y extracontractual. La primera se presenta cuando el

interés privado encuentra amparo jurídico en un contrato celebrado antes del evento dañino, la segunda, cuando el interés se encuentra tutelado por el ordenamiento legal mismo, sin que exista una relación contractual previa que lo ampare.

Pues bien, objeto de nuestro estudio es la responsabilidad extracontractual, que nuestro Código Civil recoge y regula en la sección sexta del Libro VII sobre “Fuentes de las Obligaciones”

Debemos partir por señalar que la organización jurídica del daño en este campo, tropieza con un serio inconveniente que no se presenta en las otras esferas. Mientras que en la responsabilidad penal y en la administrativa rige el principio de legalidad, que impone una tipificación formal de la antijuridicidad y en la responsabilidad contractual tal tipificación es consecuencia del acuerdo mismo de voluntades; en la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es material y se rige por principios generales que determinan un elevadísimo grado de abstracción en el supuesto de hecho.

Resulta, pues, sumamente importante para el legislador, lograr que las reglas y principios generales de la responsabilidad civil extracontractual coincidan con la base material de daños antijurídicos. Para alcanzar este cometido tiene que determinar previamente qué tan amplia debe ser esa base material de daños que juzga antijurídicos y luego elegir con todo cuidado el principio o principios sobre los que construirá el sistema.

Una vez resueltos estos dos problemas, debe resolver un tercero, casi tan importante como los anteriores: debe decidir quién o quiénes soportarán la carga económica del daño.

3.— Para efectos de la determinación de la base material, el legislador debe tener presente que si el daño constituye, como hemos visto, la lesión de un inte-

rés que el derecho tutela, la reparación debería, en principio, facilitarse en todos los casos. Esto, sin embargo, está lejos de constituir una meta perseguible por el derecho de daños. Propiciando incluso la distribución social de riesgo a todos los niveles habría que reconocer, como lo hacen otros, (Ricardo de Angel, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón C.) que si la sociedad repara todos los daños, la responsabilidad civil acabaría disolviéndose a fuerza de hipertrofiarse.

Conviene reiterar, en primer término, que sólo los daños causados por el hombre pueden ser objeto de una responsabilidad jurídica. Pero al mismo tiempo, debemos tener presente que no todo daño causado por el hombre genera responsabilidad, sino solo los antijurídicos. El daño es parte de la convivencia social, que muchas veces exige el sacrificio del propio interés en aras de un interés ajeno, superior o preferente. Es así como el derecho acepta la existencia del daño originado por el hombre cuando existan causas de justificación. Tal es el caso del ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad y la obediencia debida.

Conforme a lo expuesto, la base material de daños debería estar constituida por todos aquellos causados por el hombre sin que exista un motivo que lo justifique. Para lograr este cometido, bastaría entonces con que la norma señale que todo aquel que sufra daño antijurídico tiene derecho a una reparación, lo que nos lleva a preguntarnos sobre la segunda cuestión planteada: ¿es este criterio objetivo suficiente? o, en su defecto, ¿qué principio o principios son los adecuados para construir el sistema?

4.— El criterio objetivo parte de la idea que basta con una simple conexión material entre la acción y el daño para que proceda la reparación. Los presupuestos serían pues, acción, relación causal y daño, que al presentarse permitirían a la víctima trasladar el costo económico del evento dañino al sujeto o sujetos elegidos para asumirlo. Se trata de un criterio objetivo porque no indaga por el comportamiento del sujeto agente; se limita a determinar la existencia de la acción y su relación causal con el daño.

Para casi toda la doctrina, sin embargo, un criterio puramente objetivo para la determinación de la responsabilidad civil no parece aconsejable. Unos con un criterio subjetivo, exigen la presencia de la culpa en la acción. Otros, con un criterio objetivo, exigen la presencia del riesgo creado. En ambos casos, como señala Fernando de Trazegnies (Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil; Pág. 366) se persigue encontrar un criterio que transforme al causante (plano fáctico) en responsable (plano jurídico) para justificar el desplazamiento del onus económico.

Por último, no faltan los que desde una perspectiva económica e incluso hasta política, centran el análisis en reglas de mercado o en principios como el "deep pocket", que atienden más a la situación eco-

nómica de los involucrados en el accidente y a la necesidad de evitar que el impacto del costo del daño afecte seriamente la economía de los involucrados.

5.— Ahora bien, tanto la tesis subjetiva como la teoría del riesgo y las teorías económicas antes referidas, coinciden en que no basta una simple conexión fáctica entre la acción y el daño antijurídico. Todas exigen un fundamento adicional para consagrar la responsabilidad: la teoría de la culpa lo encuentra en el reproche de la acción; la teoría del riesgo en el provecho obtenido por la misma; las teorías económicas en conveniencias de mercado. En todas ellas, la antijuridicidad se disocia de la imputabilidad.

Conviene detenernos aquí para hacer unas precisiones importantes. La antijuridicidad es un supuesto distinto a la imputabilidad. La primera nos dice si el hecho jurídico, constituido por la acción y el daño, es o no conforme al derecho; la segunda, si el daño puede atribuirse jurídicamente al titular de la acción. La imputabilidad a su vez, es distinta a la relación causal, ya que mientras la imputabilidad establece un nexo jurídico entre acción y daño, la relación causal consiste en un nexo físico entre ellos. Así por ejemplo, si un demente causa un daño en un sistema jurídico basado en el principio de la culpa, el hecho será antijurídico en la medida que no puede ser conforme al derecho el atentado contra un interés legítimo de la víctima; existirá un nexo físico, en la medida que se determine que fue la acción del demente la que causó materialmente el daño; pero no existirá imputabilidad, pues si el demente no puede incurrir en culpa, no cabe atribuirle jurídicamente a su acción, el daño que es consecuencia de ella.

La distinción recién expuesta nos permite resaltar un punto que para la construcción del sistema es fundamental. Si bien la antijuridicidad delimita las fronteras de la responsabilidad civil, en la medida que ninguna violación de un interés legítimo causado por un ser humano puede considerarse conforme al derecho, salvo que exista una causal de justificación, esas fronteras pueden recortarse en virtud de la imputabilidad, que establece un elemento adicional para activar dicha responsabilidad.

6.— Planteada así la problemática de la responsabilidad en sus dos primeros niveles, el de la base material de daños y el de los principios sobre los que se construye el sistema, resta por analizar quiénes soportarán la carga económica del daño. Las respuestas varían según las teorías. Para unos debe ser el autor, para otros la sociedad o, por lo menos, ciertos grupos sociales y para otros el Estado.

Sobre este particular, debemos partir por señalar que una vez prooucido el daño, se genera inmediatamente el costo económico que es asumido en primera instancia por la víctima. Si el derecho no le concede entonces la reparación, está optando por dejar que la víctima soporte las consecuencias económicas del da-

ño antijurídico que otro sujeto le ha causado. Esto ocurre siempre que la base material del daño se recorta vía la imputabilidad, lo que parece justificarse en la idea que conviene más dejar que ciertos daños los soporte la víctima para efectos de no trabar la iniciativa individual.

A este respecto, son ilustrativas las siguientes reflexiones de Luis Diez Picaso y Antonio Gullón: (Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Pág. 593) "la moralización de las conductas individuales parece una línea política sana hasta cierto punto; procura que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social caerá sobre él. Sin embargo —continúan— la acentuación de ese vigor puede conducir a situaciones paralizantes. Nadie se embarcará en situaciones mínimamente azarosas, si el riesgo que ha de recaer sobre sus espaldas absorbe o desplaza el beneficio previsible. El principio social es hoy el otro —no nos engañemos—. Reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola; o las de Henri Capitant: "Rechazamos el principio mismo de la responsabilidad por el simple hecho, porque tendría consecuencias peligrosas e injustas, llevando nada menos que a matar toda iniciativa; decir que el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos, incluso lícitos, desde el instante mismo que infligen perjuicio a un tercero, porque cada cual debe correr el riesgo de su acción, es apartar al hombre de su acción, es condenarlo a la inercia. Adoptar la tesis del riesgo, sería hacer que pesara sobre los hombres una responsabilidad abrumadora; sería paralizar el espíritu de iniciativa; nadie se atrevería ya a hacer nada, ya que la mayor diligencia no lo pondría al abrigo de la responsabilidad"; o, finalmente, las de Planiol y Ripert (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI, Pág. 671): "hacer responsable al que actúa por la sola razón de que actuar es, ya que no podemos dejar de actuar, simplemente desplazar la incumbencia de los casos fortuitos".

Cuando el derecho en cambio opta por reparar a la víctima, de lo que se trata entonces es de desplazar las consecuencias económicas del daño. En el primero que se piensa es en el autor, en el causante material del daño, haciéndolo responsable. Para estos efectos, el derecho crea una relación jurídica obligatoria entre la víctima (acreedor) y el responsable (deudor) y encarga la solución del conflicto de interés a los tribunales jurisdiccionales.

Otras soluciones propugnan el desplazamiento y fraccionamiento del costo económico del daño a la sociedad o a ciertos grupos o categorías sociales. Se fundan principalmente en la idea que el daño se produce por la existencia de riesgos que la sociedad tolera, pues interesa la subsistencia de bienes riesgosos y de actividades peligrosas pese al conocimiento que se tiene de los daños que causan. Si esto es así, debe entonces la sociedad, o los grupos que se benefician de esos bienes y actividades riesgosas, reparar el daño

ocasionado a las víctimas. El problema principal que enfrentan los que así piensan, estriba en la elección de los mecanismos adecuados para el desplazamiento de la carga económica, siendo los más conocidos el del seguro y el sistema de precios.

No han faltado quienes señalan que corresponde al estado asumir el costo de los accidentes, vía la subvención de las víctimas con escasos recursos económicos, y los que, basados también en la situación económica, hacen recaer el costo del daño indistintamente, en la víctima o el causante, según la riqueza personal de cada uno.

En fin, como señala Calabresi, (El Coste de los Accidentes, Pág. 39) son cuestiones políticas las referentes a si el costo de los accidentes debe: (1) Soportarlo cada víctima en particular. (2) Pagarlo el ofensor de cada víctima en la medida exacta del daño producido. (3) Atribuirse a aquellas categorías de sujetos que tienen mayor probabilidad de convertirse en víctimas. (4) Pagarlo quienes en cierto sentido, violan nuestros códigos morales (quienes, en cierto sentido, son culpables) según el grado de transgresión y con independencia de su participación en los accidentes. (5) Pagarlo quienes en términos estadísticos tienen mayor probabilidad de violar nuestros códigos morales. (6) Imputarse a las arcas del Estado o sectores industriales en particular, conforme a criterios (tales como el de la riqueza) que pueden ser totalmente ajenos a la intervención en los accidentes. (7) Satisfacerse mediante una combinación de estos métodos.

7.— La disyuntiva del legislador es la siguiente: teniendo como marco la vastísima gama de hechos humanos que lesionan intereses que el derecho tutela, debe decidir entre dejar que las víctimas soporten el daño o desplazar la carga económica del mismo a alguien distinto.

Si opta por el desplazamiento de parte o toda la carga económica, debe elegir con cuidado sobre quién la hará recaer. Si elige al causante, debe seleccionar, también con todo cuidado, el principio o principios en que se fundamentará tal desplazamiento, para efectos de no lesionar la iniciativa privada. Se sabe que el principio de la culpa es el más restrictivo, mientras que los del riesgo y las teorías económicas contemplan la reparación de una mayor gama de daños. Consideramos que lo ideal, en este caso, es una adecuada combinación de criterios.

Finalmente, si opta por el desplazamiento de parte o toda la carga económica a la sociedad o al Estado, debe implementar los mecanismos que aseguren la eficacia del sistema; entre ellos el seguro obligatorio, el sistema de precios, el impuesto, el subsidio, etc.

8.— El Código Civil Peruano, vigente desde el año 1984, ha optado por una combinación de métodos y principios.

Las reglas contenidas en los artículos 1969 y 1970, interpretadas "contrariu sensu" nos permiten visualizar la primera decisión del legislador: las vícti-

mas deben soportar las lesiones antijurídicas de sus intereses en tanto que no exista, en la acción que las causa, un factor de imputabilidad. El dolo y la culpa, por un lado, y el uso de un bien riesgoso o el ejercicio de una actividad peligrosa, por el otro, son imprescindibles para aliviar a la víctima de la carga económica del daño.

Cabría objetar, con respecto a lo señalado, que la decisión final sobre la base material de daños antijurídicos que sean objeto de reparación ha quedado reservada para la jurisprudencia, en la medida que el legislador no ha precisado qué se entiende por bien riesgoso o actividad peligrosa. Si bien a este argumento no le falta razón, no debemos olvidar que bajo ninguna circunstancia tal interpretación puede ampliar la base material de daños resarcibles hasta las fronteras de la responsabilidad puramente objetiva, pues ello sería transgredir los alcances de la norma. La interpretación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil debe partir por aceptar, en primer término, que pueden existir daños causados con dolo o culpa aún cuando no se haya utilizado un bien riesgoso o realizado una actividad peligrosa; en segundo lugar que, a la inversa, pueden existir daños causados sin dolo ni culpa pero mediante el uso de un bien riesgoso o una actividad peligrosa; y, finalmente, que existen también daños antijurídicos causados sin culpa y/o sin riesgo. De no ser así, se llegaría a conclusiones absurdas y antitécnicas, como señalar que el supuesto del artículo 1969 está subsumido en el del 1970, o el de éste en el primero, o en fin, que ambas normas han pretendido plantear una responsabilidad puramente objetiva, lo que es contradictorio y absurdo.

Las reglas contenidas en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, nos permiten, además, observar nítidamente la segunda decisión del legislador peruano: presente el factor de imputabilidad, la carga económica del daño debe desplazarse íntegramente de la víctima al causante. Esta decisión tiene a nuestro modo de ver un sólo justificante: la marcada adhesión de nuestro legislador a la teoría subjetiva, que encuentra normal y lógico, en vista del juicio de reprochabilidad que entabla sobre el causante, que éste asuma las consecuencias de su accionar culposo.

Cabe destacar que la teoría del riesgo recogida en el artículo 1970, aparece incrustada dentro de una normatividad diseñada y pensada para la teoría de la culpa, como si su inclusión se hubiese decidido a último momento, para satisfacer a sus defensores. Escapa a los fines del presente trabajo reseñar los múltiples desajustes y contradicciones que motiva la presencia simultánea de estas dos teorías, sin un marco adecuado que las complementen e interrelacionen. Deberán ser la jurisprudencia y la doctrina las que elaboren dicho marco para la compenetración efectiva de los dos principios en un solo sistema.

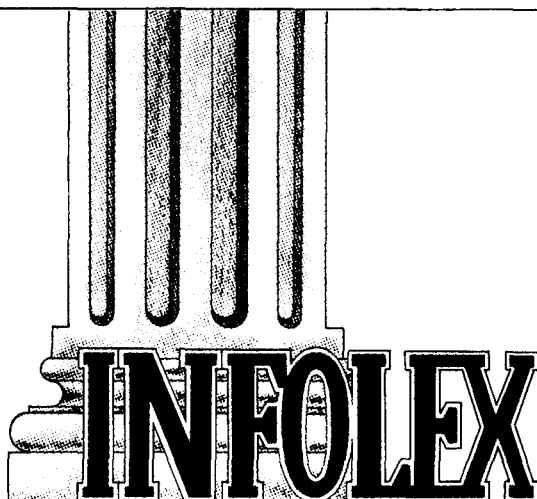
El legislador tampoco ha sido ajeno a los criterios económicos para efectos de determinar las fronteras de la responsabilidad. Normas como los artículos 1135 y 1140 del Código derogado y 1977 del Código actual, son expresión de estos principios. En estos casos, el legislador prescinde de la idea de la culpa

o del riesgo para atenerse a la situación económica de los involucrados. Cuando se permite a la víctima que no ha podido obtener reparación del representante legal, exigir una indemnización equitativa del incapaz que actuó sin discernimiento, no interesa ya la culpa ni el riesgo sino la situación patrimonial: la riqueza del autor y la pobreza de la víctima. Extremando la interpretación, también podría decirse que son criterios económicos los que fundamentan la responsabilidad del empleador que consagra el artículo 1981 del Código Civil, por el daño que causa aquel que está bajo sus órdenes, si se considera que generalmente el empresario tiene una mejor situación económica y por tanto una mayor capacidad para asumir el daño.

Resulta criticable desde nuestro particular punto de vista, que el legislador no haya recurrido más a criterios económicos y de mercado para la solución de los conflictos de responsabilidad civil. En un país como el nuestro, donde abunda la pobreza y donde las diferencias económicas son ostensibles, es imperativo que el legislador tenga una idea clara de las implicancias políticas del daño y de las consecuencias económicas que acarrearán la decisión de atribuirles, como un todo o nada, a la víctima o al causante. La presencia excepcional del criterio económico, demuestra la poca sensibilidad del sistema frente a la realidad imperante.

Cabe destacar una última decisión del legislador peruano en cuanto al sistema adoptado. Si bien el Código Civil continúa resolviendo el conflicto de intereses a nivel interindividual, planteando la alternativa causante-víctima, el resto del ordenamiento jurídico queda en libertad de optar por mecanismos de difusión social del daño. Por ello, consideramos que cuando el Código acepta en su artículo 1987 que la acción pueda dirigirse hasta el asegurador del daño, fija el límite máximo del conflicto interindividual y coloca al sistema de responsabilidad civil a las puertas de la difusión o distribución social del daño. Pero al señalar a su vez, en el artículo 1988, que el régimen de seguros obligatorios se regirá por ley sobre la materia, está reconociendo que la verdadera difusión social del daño escapa a los fines del Código. Si bien hubiese sido preferible que el legislador se refiera en esta norma a los mecanismos de distribución social en general, en lugar de hablar únicamente del seguro obligatorio, juzgamos acertada su postura puesto que la regulación de dichos mecanismos corresponde a la llamada faceta social del Derecho Privado, que según Santos Briz (Derecho Civil, Teoría y Prácticas, Tomo I, Pág. 13), viene cobrando autonomía como puente entre el Derecho Público y el Privado.

Finalmente consideramos que el legislador peruano, al construir el sistema de Responsabilidad Civil, ha olvidado dos aspectos de vital importancia: La prevención del daño, no ya como elemento psicológico de disuasión, sino como herramienta positiva de las potenciales víctimas frente a la amenaza del daño; y, el elevado costo económico que supone la administración del sistema, no solo por su lentitud, sino también por la movilización de recursos humanos y materiales que requiere la solución del conflicto.



Finalmente, la informática está con la ley.

INFOLEX es una novedosa herramienta de trabajo, que permite a estudiantes y profesionales de las leyes tener acceso inmediato, a través de un computador personal, a información ordenada, sumillada y concordada sobre las normas legales promulgadas en el Perú y la jurisprudencia en materia laboral y tributaria.

La Base de Datos computarizada, INFOLEX, es la solución de avanzada tecnología que Cosapi Data y Rey & De los Ríos ponen hoy a su disposición.

Es que la informática... no podía quedar fuera de la ley.



En asociación con
REY & DE LOS RÍOS

Av. Nicolás Arriola 500, Lima 13
Teléfono: 706000 / Anexos: 380, 377
Télex. 25594 PE / FAX: 726362
Casilla 4186, Lima 100 - Perú.



Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico (*)

José Daniel Amado V.

Abogado

"Para dar solución al problema de la declaración de voluntad, la ciencia jurídica no puede esperar el auxilio de la filosofía ni de la psicología, porque es este exclusivamente un problema de la ciencia del Derecho positivo"¹ Julius Binder.

El acto jurídico es por definición una declaración de voluntad en aptitud de generar efectos jurídicos. Es decir que, como afirma Vidal, la declaración de voluntad no es sólo un requisito para la validez del acto jurídico sino que es el acto jurídico mismo², pues entre uno y otro concepto no existen sino determinados requisitos que al concurrir hacen de la declaración de voluntad un acto jurídico.

La noción jurídica de la declaración de voluntad constituye una cuestión esencial para la teoría del acto jurídico y su conceptualización ha sido una preocupación fundamental de la doctrina. En esta tarea, la teoría general del acto jurídico ha tenido que identificar y superar determinados problemas directamente vinculados a la delimitación del objeto de estudio de la ciencia jurídica en materia de los actos voluntarios.

En primer lugar, como todas las instituciones que integran la teoría del acto jurídico, la declaración de voluntad es un fenómeno cuya existencia no depende de la ciencia jurídica ni de las leyes, sino de la actuación voluntaria del ser humano. En consecuencia, el concepto de declaración de voluntad está ineludiblemente vinculado con la voluntad interna y al proceso de su manifestación, fenómenos que en principio no tienen relevancia jurídica, sino a través de un hecho exterior en que se manifiesten.

De otro lado, la noción jurídica de la declaración de voluntad no puede ser entendida sin tener en con-

sideración el principio de autonomía de la voluntad, cuyo reconocimiento es el fundamento de las relaciones jurídicas de derecho privado, pero que evidentemente rebasa el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

Por último, la vinculación de la noción jurídica de la declaración de voluntad con otras disciplinas científicas como la filosofía y la psicología es una cuestión natural e inevitable que la doctrina iuscivilista debe considerar en la delimitación de su verdadero concepto jurídico. De un estudio atento de la doctrina y del derecho positivo puede advertirse que la cuestión fundamental consiste en la necesidad de hacer compatible el reconocimiento de la relevancia jurídica del principio de autonomía de la voluntad del ser humano con el principio de la seguridad del tráfico jurídico, que va a determinar que la preocupación fundamental del Derecho se dirija hacia lo conocible por el mundo exterior. Esto es precisamente lo que ha motivado la necesidad de delimitar un concepto jurídico de la declaración de voluntad que constituya a la vez la consagración de la autonomía de la voluntad privada y la garantía de un tráfico jurídico orientado al interés general.

El estudio que se presenta a continuación constituye una aproximación a los elementos que van a determinar la existencia de una noción jurídica de la declaración de voluntad, con el propósito de demostrar la necesidad de incorporar a la teoría jurídica la noción de las declaraciones de voluntad impropias.

I. Voluntad y autonomía de la voluntad

León Barandiarán ha escrito que el Derecho no es investigación en el campo de la conciencia, sino que

(*) Dedicado a Manuel de la Puente y Lavalle, en testimonio de admiración y afecto.

1. Binder, Julius: "Voluntad y declaración de voluntad en el negocio jurídico", citado por Bevilacqua, Clovis: "Código Civil comentado", Río de Janeiro, 1921, volumen 1, p. 314.

2. Vidal, Fernando: "Teoría general del acto jurídico", Lima, 1985, p. 83.

se interesa fundamentalmente en lo externo, o sea en la conducta exteriorizada por el individuo³. No le falta razón, pero tampoco a Giorgi cuando afirmaba que la filosofía jurídica de todos los tiempos ha intentado penetrar la misteriosa estructura del alma humana e investigar las arcanas relaciones de sus facultades⁴.

Es indiscutible que la voluntad es en principio un fenómeno interno, desconocido por el mundo exterior al individuo. Decía bien Stolfi que la voluntad por sí no es más que un hecho psicológico que no puede comprobarse porque pertenece a la interioridad del alma y es susceptible de continuas variaciones⁵. No obstante, la voluntad es considerada el fundamento de los actos jurídicos y es que, como anota Cornejo, es el elemento principal de la declaración de voluntad⁶.

La voluntad es así un fenómeno que la ciencia jurídica no puede conocer y, a la vez, el fundamento de los actos de Derecho. Veremos más adelante cómo esta aparente contradicción es atenuada por la noción jurídica de la declaración de voluntad.

No considero necesario ni pertinente intentar definir la voluntad porque este concepto no pertenece a la teoría jurídica. En consecuencia, debemos limitarnos a entender la noción de voluntad según la acepción que comúnmente se le da, es decir en relación con la facultad de querer.

Ello no obstante, conviene referirse a un concepto que la doctrina suele utilizar: la voluntad jurídica. Es definida por Aguiar como la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue derechos⁷. En consecuencia, la voluntad relevante para el Derecho es la voluntad declarada y apta para generar efectos jurídicos.

Puede advertirse que la voluntad del ser humano es para el Derecho un supuesto de hecho, consecuencia natural de su libertad. La ciencia jurídica se limita a estudiar sus efectos y es a partir de estos que puede identificar la existencia de una voluntad jurídicamente relevante.

El principio de la autonomía de la voluntad es el que determina la relevancia jurídica de la voluntad. Es definido por Spota como aquel que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear efectos jurídicos sin sobrepasar el ordenamiento coactivo⁸. De la Puen-

te lo define como el principio según el cual se reconoce a la persona el poder de crear obligaciones⁹.

En consecuencia, la voluntad es relevante para el Derecho por tener el poder de generar efectos jurídicos, toda vez que dichos efectos constituyen objeto de estudio de la ciencia del Derecho.

II. Actos voluntarios: manifestación de voluntad

El Derecho, como sistema teórico, divide los hechos atendiendo a un criterio tan simple como arbitrario: de un lado están los hechos que no son relevantes para el Derecho y, del otro lado, los hechos jurídicamente relevantes, que pueden ser llamados hechos jurídicos. Enneccerus define los hechos jurídicos como aquellos que tienen importancia o eficacia jurídica y que por sí o junto con otros determinan un efecto jurídico¹⁰.

Según la clasificación de los hechos jurídicos que hizo Vélez Sarsfield en las notas del Código Civil argentino¹¹, puede distinguirse entre los hechos jurídicos humanos (o actos) y los que tienen un origen distinto de la actividad del ser humano. Los actos humanos pueden ser voluntarios o involuntarios según se originen o no en la voluntad del hombre. El acto voluntario de mayor relevancia para el Derecho es la manifestación de la voluntad.

Como todas las instituciones fundamentales que integran la teoría del acto jurídico, la noción jurídica de la declaración de voluntad constituye una elaboración conceptual que se origina en un fenómeno que es consecuencia de la actuación de la voluntad del ser humano, es decir la manifestación de voluntad.

Es necesario advertir que el término manifestación de voluntad designa a dos conceptos diferentes que es indispensable distinguir. En efecto, desde la perspectiva del individuo que manifiesta su voluntad, será un proceso que se inicia cuando la voluntad queda formada en su mente y culmina cuando ésta queda totalmente exteriorizada. En cambio, para el mundo exterior al individuo este proceso no es susceptible de ser conocido, sino únicamente presumido a partir de la percepción de una voluntad declarada, esto es, de una determinada intención relevada por la conducta del declarante. Es así que el mundo exterior al declarante conoce una voluntad declarada y a partir de ella

3. León Barandiarán, José, "Comentarios al Código Civil Peruano", Buenos Aires, 1954, tomo 1, p. 58.

4. Giorgi, Giorgio: "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", Madrid, 1911, p. 39.

5. Stolfi, Giuseppe: "Teoría del negocio jurídico", Madrid, 1959, p. 5.

6. Cornejo, Angel Gustavo: "Código Civil. Exposición sistemática y comentarios", Lima, 1937, p. 39.

7. Aguiar, Henoch: "Hechos y actos jurídicos", Buenos Aires, 1950, tomo 1, p. 46.

8. Spota, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil Contratos", Buenos Aires, 1975, Volumen 1, p. 20.

9. De la Puente, Manuel: "Estudios del Contrato Privado", Lima, 1984, tomo 1, p. 52.

10. Enneccerus, Ludwig: "Derecho Civil. Parte General", en Enneccerus, Kipp y Wolff: "Tratado de Derecho Civil", Barcelona, 1935, Tomo 1, p. 7.

11. Hemos seguido la versión resumida que recoge Boffi, Luis María: "Tratado de las obligaciones", Buenos Aires, 1979, tomo 1, p. 7.

supone todo un proceso de formulación de la manifestación de voluntad.

Si aceptamos que la preocupación del Derecho se dirige fundamentalmente hacia lo externo, vale decir, hacia lo conocible por el mundo exterior, resulta evidente que es la segunda concepción de la manifestación de voluntad, que la define como una intención revelada por la conducta del declarante, la que en principio es relevante para la teoría del acto jurídico y constituye el fundamento de hecho del concepto jurídico de la declaración de voluntad.

III. Noción jurídica de la declaración de voluntad

Diez-Picazo ha anotado que la declaración (de voluntad) es la propia voluntad en su revelación exterior¹². A su vez, Albaladejo afirma que la voluntad no es elemento del acto ni forma parte de la declaración de voluntad¹³. El Derecho considera una declaración de voluntad a la voluntad declarada, pero esto cuando puede presumirse que se origina en una intención seria y libre del declarante, exteriorizada correctamente a través de un proceso normal y voluntario. A esta suposición puede denominársele **presunción de idoneidad** de la declaración de voluntad.

En la inteligencia de esta presunción de idoneidad debe tenerse en consideración que una declaración de voluntad sólo adquiere relevancia jurídica cuando es recibida por el mundo exterior al declarante. Quien recibe una declaración de voluntad la somete a un examen de razonabilidad y confiabilidad que, según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar le permiten determinar el sentido de la intención del declarante y si la voluntad revelada puede ser razonablemente atribuida a la verdadera intención del individuo que declara. Así, cuando es evidente la falta de seriedad de una expresión, será también evidente que no se trata de una declaración de voluntad.

Si de la manifestación se infiere indubitadamente una voluntad jurídica razonable y confiablemente atribuible al declarante, la declaración de voluntad queda amparada por la presunción de idoneidad. Es mediante esta presunción que el Derecho supera la aparente contradicción entre el reconocimiento de la voluntad como fuente de los efectos jurídicos y la imposibilidad de conocer la interioridad del individuo: la voluntad jurídicamente relevante será la voluntad declarada, siempre que esté destinada a generar efectos jurídicos y que la declaración de voluntad pueda ampararse en la presunción de idoneidad.

En conclusión puede decirse que las declaraciones de voluntad relevantes para el Derecho son aquellas que en relación a las circunstancias, revelan razonablemente una voluntad de generar efectos jurídicos atribuible al declarante. Toda declaración de voluntad jurídicamente relevante está amparada por una presunción de idoneidad, en virtud de la cual está considerada la revelación de una intención seria y libre, exteriorizada a través de un proceso normal y voluntario. Puede advertirse que la presunción de idoneidad permite arribar a una noción jurídica de la declaración de voluntad a partir del hecho exterior en que la voluntad se manifiesta, sin necesidad de intentar aproximarse directamente a los elementos internos del entendimiento y la volición, tendencia a la que Boffi denominó "psicologismo"¹⁴.

No obstante, es necesario señalar que una declaración de voluntad, amparada por la presunción de idoneidad, podría no revelar la voluntad real del declarante. Por eso Danz afirma que la declaración de voluntad es una conducta que según la experiencia del comercio social y apreciando las circunstancias, permite inferir la existencia de una determinada voluntad, aunque en el caso concreto resulte falsa esta deducción¹⁵.

IV. Las declaraciones de voluntad impropias

Como afirma Messineo, el que la declaración sirva para que la voluntad sea conocible presupone que exista una voluntad como sustrato de la declaración¹⁶, que le sirva de base, en palabras de Oertmann¹⁷. Es este el fundamento de la presunción de idoneidad, que integra la noción jurídica de la declaración de voluntad aportando seguridad al tráfico jurídico.

Pero, como anota Renard, en virtud de una presunción se tiene por cierto un hecho simplemente probable¹⁸. Así, es claro que cabe la posibilidad de que la presunción de idoneidad no se verifique en los hechos, vale decir, que la voluntad declarada no corresponda a la voluntad real del individuo a quien se le atribuye. De allí que Enneccerus afirme que la celeridad del tráfico jurídico exige que la declaración de voluntad susceptible de ser conocida exteriormente sea válida y eficaz aunque no medie voluntad alguna o que la declaración no tenga el contenido que corresponde a la voluntad¹⁹.

El Derecho no puede ser ajeno a esta realidad. Si la presunción de idoneidad no admitiese demostración en contrario, el individuo podría quedar encadenado a una declaración de voluntad sólo aparente y tendría que honrar una supuesta promesa que no le

12. Diez-Picazo, Luis: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Madrid, 1974, Tomo 1, p. 107.

13. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", Barcelona, 1980, p. 169.

14. Boffi, Luis María: op. cit., pp. 450-541.

15. Danz, Erich: "La interpretación de los negocios jurídicos", Madrid, 1955, pp. 18-19.

16. Messineo, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Buenos Aires, 1976, p. 359.

17. Oertmann, Paul: "Introducción al Derecho Civil", Barcelona, 1933, p. 232.

18. Renard, Georges: "Introducción filosófica al estudio del Derecho", Buenos Aires, s.a., tomo 1, p. 106.

19. Enneccerus, Ludwig: op. cit., p. 54.

sería propia. Es así que la teoría del acto jurídico incorpora determinadas instituciones destinadas a permitir al declarante impugnar la declaración en que no se verifica la presunción de idoneidad.

Las declaraciones sólo aparentemente atribuibles a la voluntad del declarante pueden ser denominadas declaraciones de voluntad impropias. El término es adecuado porque hace referencia a dos caracteres que son fundamentales en la conceptualización de estas situaciones. De un lado, la declaración de voluntad es impropia por no ser apropiada para expresar la intención del individuo y, de otro lado, por no corresponder al declarante, o sea por no serle propia.

V. Las teorías sobre la discrepancia entre declaración y voluntad

Analizados los fundamentos teóricos de las declaraciones de voluntad impropias, conviene detenerse brevemente en el estudio de las teorías que definen la cuestión de las declaraciones de voluntad que no revelan la voluntad real del declarante, en función de una dicotomía entre declaración y voluntad, sosteniendo la necesidad de optar por el predominio de alguno de estos elementos, o de asumir una posición ecléctica en función de los criterios de la responsabilidad y la confianza. Casi todos los juristas modernos que han estudiado la declaración de voluntad se ocupan de estas teorías y definen su posición al respecto.

La teoría que sostiene el predominio de la voluntad es llamada también subjetiva y se afirma su vinculación con el Derecho francés. A la teoría que sostiene el predominio de la declaración se le suele llamar objetiva y se aduce que fue introducida por el Derecho alemán. Para atenuar estas posiciones extremas se introducen las teorías de la responsabilidad y de la confianza, que son en realidad criterios moderadores de la rigidez de las primeras posiciones, vinculándolas con la conducta del declarante y del receptor de la declaración, respectivamente. La mayoría de los juristas optan expresamente por las posiciones intermedias.

No creo necesario extenderme en el desarrollo de estas teorías que son ampliamente conocidas y tratadas por el grueso de la doctrina²⁰. En cambio, considero ineludible dar una opinión acerca de estas teorías a partir del problema que para la teoría del acto jurídico constituye la existencia de declaraciones de voluntad impropias.

Son varias las limitaciones teóricas y prácticas que estas teorías han tenido que enfrentar en su afán de aportar una solución al problema de las declaraciones de voluntad impropias. Considero que estas limi-

taciones son consecuencia de asumir una serie de premisas inexactas, que han determinado una confusión del verdadero problema que debe interesar a la teoría del acto jurídico.

En primer lugar, no es exacto que el Derecho francés, ni el Derecho alemán, ni ningún otro Derecho nacional asuma una posición tan extrema como sostener el predominio de la declaración o de la voluntad sobre el otro elemento. Nadie ha puesto en discusión que la voluntad es el fundamento de los actos jurídicos y que ésta sólo es jurídicamente relevante cuando se manifiesta en una declaración de voluntad. Es verdad que el Código civil alemán, promulgado casi un siglo después del Código francés, representó un avance en la teorización de este principio, pero no es menos cierto que este ya se encontraba invóluto en el Código de Napoleón.

Como anota Alfaro, el Código francés da decisiva importancia a la voluntad, pero para que produzca efectos jurídicos exige que se exteriorice²¹. De la misma manera, en el Código alemán se establece que en la interpretación de la declaración de voluntad debe investigarse la voluntad real del individuo y no atenderse al sentido literal de la expresión²². Como admite Spota, un estudio atento de la legislación y la jurisprudencia nos demuestra que no existe tanto distanciamiento entre el código francés y el BGB; y sigue diciendo que en última instancia podría hablarse de eclecticismo o de un punto de llegada armonioso²³.

De otro lado, convengo con Lohmann en que la locución alternativa (voluntad o declaración) distorsiona las ideas, pues así como la declaración sola es ineficaz, tampoco la voluntad autónoma puede ser reconocida por el Derecho²⁴. Bien dice Albaladejo que aunque la declaración y la voluntad son distinguibles conceptualmente, las dos forman una unidad —la declaración de voluntad— que es el elemento del negocio, elemento que no puede subsistir sin la unión de ambos²⁵.

No se trata entonces de buscar una discrepancia entre la voluntad y la declaración o entre la voluntad interna y la voluntad declarada, porque este planteamiento, al forzar una dicotomía, exige la comparación de un concepto jurídico (la declaración de voluntad) con un elemento que por sí solo no tiene relevancia para el Derecho (la voluntad interna).

El verdadero problema que interesa a la teoría del acto jurídico es que una declaración de voluntad, considerada por el Derecho como revelación de la voluntad del individuo, protegida por una presunción fundada en su razonabilidad y confiabilidad, no satis-

20. Pueden verse los estudios de Ferrera, Francisco: "La simulación de los negocios jurídicos", Madrid, 1960, pp. 1-40 y Alfaro, Luis: "Los vicios de la voluntad", tesis de Bachiller, Lima, 1985, pp. 41-57.

21. Alfaro, Luis: op. cit., p. 43.

22. Numeral 133.

23. Spota, Alberto: op. cit., p. 252.

24. Lohmann, Juan Guillermo: "El negocio jurídico", Lima, 1986, p. 81.

25. Albaladejo, Manuel: "El Negocio Jurídico", Barcelona, 1958, p. 169.

face en el caso concreto esta presunción de idoneidad. De ahí que se considere que la cuestión relevante no es una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino la existencia de declaraciones de voluntad impropias, que revelan una intención sólo aparentemente atribuible al declarante.

VI. Los motivos de la impropiedad

El carácter impropio de una declaración de voluntad responde a un criterio puramente objetivo, la revelación de una voluntad que no es la del declarante, con prescindencia de las razones que han motivado la impropiedad.

No obstante, las causas de la impropiedad tienen fundamentalmente importancia en la determinación de la existencia de una declaración de voluntad impropia, de la relevancia jurídica de la impropiedad y, en general, del tratamiento que le dará el Derecho positivo.

Siendo la autonomía de la voluntad el elemento fundamental de las relaciones jurídicas de Derecho privado, el mismo que se pretende proteger a través de la teoría de las declaraciones de voluntad impropias, resulta evidente la necesidad de distinguir entre sus causas a partir de la responsabilidad del declarante en la impropiedad, más aún si se tiene en consideración que el Derecho concede al propio declarante la acción para impugnar la declaración impropia.

Distinguiremos así, como lo hace Coviello²⁷, aquellas situaciones motivadas por una conducta consciente o culposa del declarante, de aquellas otras situaciones que se originan sin responsabilidad del individuo.

Aunque el análisis precedente demuestra que las posibles situaciones de impropiedad de una declaración de voluntad son ilimitadas, conviene señalar que la doctrina ha desarrollado determinadas instituciones en base a algunas de tales situaciones. Entre las motivadas por culpa o intención del declarante podemos citar la falta de seriedad, la reserva mental y la simulación. Las otras situaciones pueden denominarse, en general, vicios de la declaración de voluntad, algunos de los cuales son la omisión, el error en la declaración, el error en la voluntad, la ignorancia y el temor²⁸.

VII. Soluciones jurídicas a la impropiedad

Hemos venido refiriéndonos a la facultad de demostrar en contra de la presunción de idoneidad de una declaración de voluntad impropia, denominándola en general "derecho de impugnación". No obstante, la doctrina de los actos jurídicos ha organizado distintas soluciones a la impropiedad de una declaración de voluntad, cuyo efecto es la desvinculación del

aparente declarante de las consecuencias jurídicas de la declaración impropia.

La solución tradicionalmente admitida en doctrina es la anulación del acto defectuoso. Como afirma Albaladejo, el acto anulable es provisionalmente válido y su nulidad está pendiente de la voluntad del titular con derecho a impugnarlo²⁹. La anulación es consecuencia del carácter impropio de la manifestación de voluntad que, en sentido estricto, no constituye una declaración de voluntad sino aparente, lo que puede determinar que se le prive de generar efectos jurídicos.

La anulación está normalmente reservada a las situaciones previstas en el Decreto positivo, lo cual presenta el inconveniente de limitar el ámbito de aplicación de esta solución jurídica a los casos expresamente señalados en la ley, en lugar de a la generalidad de las declaraciones de voluntad impropias. La solución se ha vinculado así a los posibles motivos del defecto y no a la existencia misma de la impropiedad, que es en rigor el fundamento de la anulabilidad.

Algo similar ocurre con la solución jurídica alternativa que ha desarrollado la doctrina moderna en función del principio de conservación del negocio jurídico, la misma que juristas como Josserand han venido en denominar rectificación³⁰. Puede ser definida como la modificación de la declaración de voluntad impropia de manera que exprese la verdadera voluntad del declarante.

La legislación comparada y la doctrina sólo han admitido el remedio de la rectificación en casos determinados³¹. No obstante, la importancia de este medio de convalidación del acto jurídico debe determinar la ampliación de su ámbito de aplicación a nuevas situaciones, cuando menos hasta comprender la generalidad de las declaraciones cuya impropiedad sea consecuencia de la existencia de un vicio de la declaración de voluntad.

Es así que el análisis de las declaraciones de voluntad impropias va a poner de manifiesto la necesidad de que las soluciones jurídicas a estas situaciones se dirijan a la generalidad de los actos jurídicos constituidos por declaraciones impropias. Veremos que la norma contenida en el artículo 1361 del Código Civil peruano constituye un importante, aunque incompleto, avance en este sentido.

No se puede negar la importancia de la anulación y la rectificación como soluciones a las declaraciones de voluntad impropias. Sin embargo, si se admite que la cuestión jurídica relevante es precisamente la impropiedad, o sea la no verificación de la presunción de idoneidad, resulta evidente que cualquier solución que limite la impugnabilidad a determinados motivos y no a la impropiedad misma será insuficiente.

27. Coviello, Nicolás: "Doctrina General del Derecho Civil", México, 1959, p. 297.

28. Al respecto, puede verse la tesis de Bachiller del autor. Amado, José: "La teoría de los vicios de la declaración de voluntad", tesis de Bachiller, Lima, 1987.

29. Albaladejo, Manuel: "El Negocio ...", p. 415.

30. Josserand, Louis: "Derecho Civil. Teoría General de las obligaciones", Buenos Aires, 1950, tomo II, volumen 1, p. 52.

31. En el Código Civil peruano se admite la rectificación expresamente en el error en la declaración (artículo 209), el error de cálculo (artículo 204) y en vía de excepción en todos los demás casos de error (artículo 206).

VIII. El artículo 1361 del Código Civil

Opinaba De la Puente que para facilitar la contratación era conveniente establecer la presunción *juris tantum* de que la declaración corresponde a la voluntad, tocando a quien niegue tal coincidencia demostrar la disconformidad³². Este importante planteamiento fue recogido en forma incompleta en el artículo 1361 del Código Civil. En él se establece la obligatoriedad del contrato en cuanto se haya declarado y la presunción de idoneidad de la declaración contractual, concediéndose a los contratantes el derecho de impugnarla.

La coincidencia de esta norma con la teoría de las declaraciones de voluntad impropias es evidente. Se establece la fuerza obligatoria de las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes, se reconoce la existencia de una presunción de idoneidad y de declaraciones impropias y se concede a cada uno de los declarantes el derecho de impugnar la declaración teniendo como sustento la impropiedad. Sin duda un avance fundamental hacia una conceptualización jurídica de la declaración de voluntad.

Ello no obstante, decíamos que la sugerencia de De la Puente fue recogida en forma incompleta, lo cual podría determinar una inaplicabilidad de la norma citada. En efecto, sostenía De la Puente que acreditada la falta de coincidencia se produciría la nulidad del contrato, para lo cual debía establecerse que el consentimiento es requisito para la validez del contrato³³.

Arias Schreiber expresaba en la exposición de motivos del anteproyecto que si alguno de los contratantes negase la coincidencia y lo demostrase, la consecuencia sería la invalidación del contrato³⁴. Sin embargo, no se incluyó una norma que sancionase con la nulidad los contratos que constituyan una declaración de voluntad impropia, ni se estableció como requisito para la validez del contrato la existencia del consentimiento. De esta manera se omitió consignar sanción expresa a la impropiedad.

Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 219, inciso 1, ofrece una solución a este problema. En efecto, establece dicha norma que es nulo el acto jurídico cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Entendemos con Lohmann³⁵ que es esta una disposición que debe aplicarse a todos los casos de falta de declaración de voluntad para los que la ley no haya previsto sanción distinta, incluyendo aquellas situaciones en que habiendo manifestación de voluntad se le niegue valor jurídico. En consecuen-

de voluntad se le niegue valor jurídico. En consecuencia, demostrada que fuese que la declaración es impropia, es decir que no constituye una manifestación de voluntad del agente, la nulidad estaría a disposición de dicho declarante como la sanción idónea para quien impugna la declaración de voluntad impropia.

Interpretándose de esta manera la norma contenida en el artículo 1361, resulta evidente que hubiese sido deseable la ampliación de su ámbito de aplicación a todos los actos jurídicos sin excepción, en tanto que la impropiedad de las declaraciones de voluntad puede producirse en cualquier declaración jurídicamente relevante.

IX. Conclusiones

1. La definición del concepto jurídico de la declaración de voluntad constituye una cuestión fundamental para la teoría del acto jurídico.
2. La voluntad jurídicamente relevante es aquella intención de generar efectos jurídicos que se revela a través de la conducta de una persona.
3. Las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes son aquellas que en consideración a las circunstancias razonablemente revelan una voluntad de generar efectos jurídicos atribuible al declarante.
4. La seguridad del tráfico jurídico exige que las declaraciones de voluntad estén amparadas por una presunción de idoneidad, o sea de constituir la manifestación de una intención seria y libremente formada, exteriorizada a través de un proceso normal y voluntario.
5. La presunción de idoneidad podría no verificarse en una situación concreta. El Derecho no es ajeno a esta realidad y organiza determinadas instituciones que están destinadas a permitir al declarante impugnar la declaración de voluntad que se le atribuye.
6. Las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes donde no se verifica la presunción de idoneidad, pueden ser denominadas declaraciones de voluntad impropias.
7. Las teorías sobre la discrepancia entre la declaración y la voluntad no explican de manera satisfactoria la cuestión de las declaraciones de voluntad impropias.
8. En general, la doctrina y legislación comparada no tratan el problema de las declaraciones de voluntad impropias, sino a través de los motivos que pueden haber determinado la impropiedad.
9. Las soluciones jurídicas de la anulación y la rectificación del acto viciado enfrentan la limitación de dirigirse a los motivos de la impropiedad y no a la impropiedad misma.
10. Para dar una solución cabal a la cuestión de las declaraciones impropias es necesario establecer su impugnabilidad con prescindencia de los motivos que han determinado la impropiedad, para aquellos casos donde las soluciones tradicionales no sean aplicables.
11. El artículo 1361 del código civil peruano constituye un importante avance a una impugnabilidad general de las declaraciones impropias, teniendo como fundamento la no verificación de la presunción de idoneidad.

32. De la Puente, Manuel: op. cit., p. 172.

33. idem.

34. Arias Schreiber, Max: "Disposiciones Generales de los Contratos. Anteproyecto", en "Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil", Lima, 1980, p. 458.

35. Lohmann, Juan Guillermo: op. cit., pp. 393-394.

El interdicto de adquirir y el hecho de la posesión

Octavio Chávez Toro—Lira

Alumno del 9o. ciclo en la Facultad de Derecho de la PUC.

Desde Ihering y Savigny hasta nuestros días, siempre ha existido dificultad para definir en que consiste la posesión y cuales son los elementos que la conforman.

El legislador del Código Civil de 1984, repitiendo la fórmula del Código Civil de 1936, define en el artículo No. 896 a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Aparentemente este artículo estaría eliminando cualquier elemento volitivo de la concepción de posesión, cosa que no es cierta ya que en los artículos siguientes considera una serie de elementos referidos a la voluntad que determinan diferencias en la relación posesoria. Tal es el caso del artículo No. 897 que no considera poseedor al servidor de la posesión; del artículo No. 905 que distingue entre el poseedor mediato y el inmediato; o del artículo No. 950 que exige que el poseedor se comporte como propietario para que pueda adquirir el dominio de un bien por usucapion.

Esto no hace mas que confirmar que —tal como lo dice Valencia Zea— no se puede concebir una noción puramente objetiva de la posesión ya que todo acto humano lleva consigo un elemento intencional que es necesario tomar en cuenta. En el caso de la posesión no basta la existencia de una relación de hecho para hablar de posesión, esta relación va acompañada de un elemento intencional que determina diferencias en la relación posesoria.

En nuestra opinión la posesión parte de un ejercicio de hecho o señorío que el hombre ejerce sobre la cosa. Este señorío es imprescindible y sin él no existe posesión. Pero este ejercicio de hecho requiere de un determinado animus o intención que, obviamente no es el restringido animus domini de Savigny sino uno mucho más amplio y variable, el “animus possidendi” que se podría definir como la intención de servirse de la cosa en forma exclusiva dándole el uso económico

que esta tiene a fin de satisfacer una necesidad personal. Esta explotación de la cosa debe tener además cierta permanencia en el tiempo.

De acuerdo a esto y partiendo de un señorío ejercido por un hombre sobre una cosa, la relación posesoria va ir variando de acuerdo al animus o intención con que este señorío se ejerza. Así, existiría un primer nivel de poseedores que teniendo animus domini ejercen la posesión de manera plena ya que tienen a su disposición todos los poderes inherentes a la propiedad, sin límite en el tiempo y son los únicos poseedores que pueden ganar la cosa mediante la prescripción adquisitiva. Luego vendría un segundo nivel de poseedores que ejercen el señorío o relación de hecho a través de un título que le otorga determinadas prerrogativas sobre la cosa. Tal como lo indican Díez-Picazo y Gullón, lo que ellos poseen no es la cosa sino el derecho que les concede el título y que lo ejercen sobre la cosa. Este poseedor no sólo está limitado porque reconoce en otro la propiedad, sino porque su posesión está dada sólo sobre el derecho que el título les concede y además porque esta posesión es siempre temporal, no pudiendo adquirir la cosa en razón del tiempo. Finalmente vendría un tercer nivel de personas que teniendo un contacto material con la cosa no son considerados poseedores pues no tienen el elemento intencional o “animus possidendi”, y por tanto no son poseedores. Estos son: el servidor de la posesión o persona que estando en relación de dependencia frente a otra ejerce el señorío sobre la cosa en nombre de su principal y atendiendo órdenes suyas; tampoco es poseedor el detentador que toma la cosa temporalmente y sin la intención de servirse de ella de manera exclusiva. Tal es el caso de la persona que lee una revista en un consultorio médico.

Ahora bien, el poseedor que cumple con los dos requisitos señalados, es decir que tiene un señorío efectivo sobre la cosa y que además lo ejerce con un

animus possidendi, goza de una serie de derechos concedidos por la ley al poseedor tales como: el derecho a sumar los plazos posesorios; el derecho al reembolso de las mejoras; el derecho de hacer suyos los frutos, si es de buena fe; la defensa posesoria; la prescripción adquisitiva; y una serie de presunciones en su favor.

El requisito para gozar de estos derechos concedidos al poseedor es, aunque parezca una tautología, ser poseedor. Si no existe posesión, obviamente no se puede tener acceso a los derechos que la ley concede al poseedor, por mas que se tenga otros derechos o títulos válidos. Esto es así porque el legislador al concederle derechos al poseedor no estaba pensando en la persona que tiene algún derecho, llámese propietario, heredero o arrendatario, sino que estaba poniendo su atención en aquella persona que teniendo o no derecho ejerce una relación de hecho sobre la cosa.

Son por estas razones que consideramos una contradicción que se mantenga dentro de la legislación procesal al interdicto de adquirir, interdicto cuyo solo nombre es ya una contradicción, puesto que está amparando una posesión que jamás ha existido.

El interdicto de adquirir solo procede si la persona que lo demanda no ha tenido nunca la posesión del bien. Si ya la ha tenido cabría en todo caso el interdicto de recobrar. En el proceso se entrará a examinar los títulos que sustentan el derecho a entrar en posesión y dentro del mismo se discutirá si el título con el que se pretende entrar en posesión es suficiente, si existe otra persona con mejor derecho o en todo caso si hay otra persona que ejerce la posesión por más de un año, todo esto en un proceso sumarísimo.

En segundo lugar es ilógico que en un interdicto, que es una acción sumarísima y de emergencia tendiente a asegurar la tranquilidad pública, se pretenda entrar a discutir el derecho que tiene una persona a entrar en posesión sin examinar en ningún momento si ha existido alguna vez el hecho de la posesión, y no se examina eso justamente porque el supuesto para

entablar esta acción es justamente el no haber ejercido jamás la posesión sobre el bien, y es más contradictorio aún que se discutan estos derechos en una acción sumarísima.

Lo que sucede es que dentro de este interdicto se está confundiendo lo que es el derecho nacido de un título con el hecho que se ejerce a través de ese derecho o al margen de él, que son dos cosas totalmente distintas. El derecho a entrar en posesión está dado por el cumplimiento de una obligación nacida de un acuerdo de voluntades o de la ley, mientras que la posesión es el hecho mismo ejercido al margen de la existencia del derecho. Los interdictos como medios de defensa posesoria están destinados a amparar a los segundos, sin tener ninguna vinculación con lo primero. El problema de entrar en posesión tiene que ver con el cumplimiento de una obligación y no con un interdicto encargado de defender el hecho de la posesión.

El problema se da porque el Código de Procedimientos Civiles de 1912 estaba destinado a reglamentar al Código Civil de 1852 y este cuerpo de leyes en su artículo No. 466 decía: "Hay posesión natural por la mera aprehensión corporal de la cosa: **la hay civil por ministerio de la ley, AUN SIN DICHA APREHENSION.** Esto equivale a decir que dentro del Código Civil de 1852 cabría la posibilidad de una posesión sin señorío o relación de hecho, y en este orden de ideas si podría justificarse un interdicto que defendiera una posición que no se ejercía de hecho pero que existía por "ministerio de la ley".

Hoy, cuando la legislación y la doctrina consideran imprescindible la relación de hecho para que exista posesión no se justifica la existencia de un interdicto que ampara una relación no posesoria. Es por esto que en nuestra opinión, la comisión que se encargue de redactar un nuevo Código de Procedimientos Civiles, entre las muchas cosas que tendrá que revisar en la parte de defensa posesoria, deberá de eliminar este interdicto que jurídicamente es una contradicción y que en la práctica carece de utilidad.

Acción cambiaria y vías procesales

Grupo de Investigación de THEMIS *

Resolución Suprema:

Lima, primero de Junio de mil novecientos ochentisiete. —

VISTOS; y CONSIDERANDO: Que en el escrito de demanda de fojas seis se ejercita la acción cambiaria en la vía ordinaria, que tratándose de la acción cambiaria, aunque no sea la ejecutiva, el título valor debe reunir los requisitos exigidos por la Ley número dieciséis mil quinientos ochentisiete y por el Código de Procedimientos Civiles, ya que los derechos que se ejercitan o las obligaciones que se exigen son las que emanan del título; que la opción que se da al tenedor para ejercitar la acción ordinaria o sumaria, sustituyendo a la ejecutiva, es para el caso en que el título valor reúna los requisitos para esta última, pues de lo contrario no sería necesario conceder tal facultad optativa; que de la letra de fojas cinco aparece que fue protestada el diecinueve de setiembre de mil novecientos ochentisiete, y la demanda es de fecha treinta de enero de mil novecientos ochenticinco; es decir, fuera de los seis meses que establece el inciso primero del artículo octavo del Decreto Ley número veinte mil doscientos treintiseis; que asimismo no aparece de autos que la citada cambial haya sido reconocida: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas setentitrés su fecha veintiseis de agosto de mil novecientos ochentiseis, que confirmando la apelada de fojas cincuenta, fechada el veinticinco de febrero del mismo año, declara fundada la demanda de fojas seis, y en consecuencia ordena que la firma demandada pague al demandante la suma de doce mil quinientos intis, con lo demás que contiene: reformando la de vista y revocando la apelada: declararon IMPROCEDENTE la referida demanda; sin costas; en los seguidos por don Vicente Isaac Zapater Pomar con Industrial Sanitaria Sociedad Anónima, sobre pago de intis; y los devolvieron. — Rodríguez Montoya. — Portugal Rondo. — Méndez Osborn. — Valladares Aya. — Peralta Rosas. Se publicó conforme a ley.

Esta curiosa Jurisprudencia, que tiene la característica de ser reiterada, declara improcedente una acción cambiaria, ejercitada en la vía ordinaria de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Títulos Valores. Los fundamentos en que se basa dicho fallo pueden resumirse en los siguientes:

— Para demandar la acción cambiaria, sea en la vía ejecutiva o en la vía ordinaria, el título valor debe reunir los requisitos exigidos por la ley No. 16587 y el Código de Procedimientos Civiles.

— La opción referida en el segundo párrafo del artículo 17 de la Ley 16587, implica la necesidad que la vía ejecutiva se encuentra expedita.

Ahora bien, como sabemos los títulos valores son documentos que tienen por finalidad agilizar y asegurar el tráfico mercantil, de manera que se pueda satisfacer las exigencias del comercio moderno; para lo cual se tiene el respaldo legal necesario que permite hacer válidas y exigibles las obligaciones contenidas en este tipo de documentos. Asimismo, los títulos valores permiten obtener un crédito que difiera, temporalmente, el pago.

La Letra de Cambio como título valor, tiene como objetivo final el pago de la misma por el aceptante. Su beneficio es la seguridad del pago, en virtud de los medios que le ofrece la legislación.

Tomando en consideración lo dicho anteriormente sobre la naturaleza y función económica de los títulos valores y en especial de la letra de cambio, entraremos al análisis de los considerandos de la presente ejecutoria.

¿A qué requisitos se está refiriendo? En primer lugar hay que tener clara la diferencia entre los requisitos formales del título valor como documento y aquellos necesarios para interponer la acción. Para que un documento sea considerado una letra de cambio, debe reunir los requisitos exigidos por el artículo 61 de la Ley No. 16587. Así, un documento que cumpla con ellos será un título valor, y como tal estaremos ante el supuesto del artículo 17 de dicha ley. Sólo en este momento podremos preguntarnos si tiene o no mérito ejecutivo. La respuesta a esta pregunta no la da solamente la calidad de título valor del documento, sino también el cumplimiento de otras formalidades, principalmente el protesto y la interposición de la demanda dentro de los 6 meses de verificada dicha diligencia. De lo dicho no se puede desprender que el incumplimiento de estos requisitos implique que el documento deje de ser título valor, sino simplemente que carece de mérito ejecutivo.

La Ejecutoria bajo comentario, no sólo priva al demandante de la posibilidad de interponer la acción ejecutiva, sino cualquier otra acción (léase ordinaria) que se derive del título, es decir, priva al accionante

* Integrado por: Lorena Borgo, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Carlos Garatea, Juan García Montufar, Juan Carlos Mejía y Mario Pasco.

de la acción cambiaria. Así, para la Corte Suprema, la acción cambiaria resulta ser igual que la acción ejecutiva. ¿Es válido sostener esta interpretación?

Montoya Manfredi expresa sobre este punto lo siguiente:

“La acción cambiaria es una acción con sustantividad propia que faculta a ejercitar, judicial o extra judicialmente, el derecho contenido en el título valor. En cambio, la acción ejecutiva es una de las vías procesales para movilizar el aparato jurisdiccional y obtener el cumplimiento de la obligación”¹.

En las expresiones “acción ejecutiva” y “acción cambiaria”, el término “acción” no tiene un significado unívoco. De este modo, a manera de ejemplo, la posibilidad de interponer una acción por daños y perjuicios derivada de un acto ilícito, no debe confundirse con la vía procesal que pueda ejercitarse para satisfacer la pretensión. Pues de hacerlo se estaría igualando el derecho sustantivo con “la facultad de peticionar ante los tribunales”².

Lo que hace la Corte Suprema con este fallo es exigir el cumplimiento de un requisito procesal, convirtiéndolo en necesario para ejercitar la acción, privando de esta manera al título valor de su calidad de tal. Una cosa es exigir el cumplimiento de ciertos requisitos formales para interponer la acción cambiaria en la vía ejecutiva y otra muy distinta, es exigir que se cumplan con los mismos requisitos para demandar en la vía ordinaria. Esto último implica que, según nuestros tribunales, el título valor es tal no sólo si cumple con los requisitos exigidos en la ley 16587 sino si cumple también con los exigidos en la Ley 20236. Ocurriendo pues, pasados los 6 meses del protesto, el título valor deja de ser título valor y con ello sólo nos quedaría ejercitar la acción causal o iniciar una diligencia preparatoria de reconocimiento para volverle a dar mérito ejecutivo, no en base a su calidad de título valor, sino sólo por su calidad de documento reconocido.

Asimismo, la opción a que hace referencia la segunda parte del artículo 17 de la Ley 16587, no puede interpretarse tan ligeramente como para afirmar que al no poder demandar la acción cambiaria en la vía ejecutiva, se pierde el derecho a optar. Esto privaría de vía procesal a la acción cambiaria. Así, la facultad de elegir entre una y otra vía ya no existirá cuando negligentemente el tenedor haya dejado transcurrir los 6 meses a partir de la fecha del protesto, pero el acreedor tendrá derecho a iniciar la acción cambiaria dentro de los 3 años a partir del vencimiento de la cambial (Artículo 205 de la Ley 16587). Asumiendo la interpretación de la Corte Suprema, en el supuesto

que se perjudicara la acción cambiaria, no podría iniciarse una acción basada en la obligación causal, como establece el artículo 1233 del Código Civil, pues al haberse perjudicado el título valor, no habría lugar a opción, y por lo tanto, no habría lugar a una acción fundada en la obligación causal. A nuestro modo de ver “opción” en el artículo mencionado debe entenderse, como se señala en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como “el derecho que se tiene a algo”, en este caso a hacer uso de la vía ordinaria o sumaria en defecto de la ejecutiva.

Es así, que si tenemos en consideración que al llegar a la Corte Suprema es más que probable que hayan transcurrido los tres años que hacen prescribir las acciones derivadas del título, se estaría convirtiendo un documento destinado a asegurar el pago de la obligación en él expresado, como es la letra de cambio, en un documento sin valor alguno y a la obligación exigible que contenía, en una mera obligación natural.

En definitiva, lo interesante de esta Jurisprudencia, es que ha establecido un “plazo de prescripción corta” de la acción cambiaria.

Otro error sustantivo de la Corte Suprema es lo relativo a la interpretación extensiva que realiza del artículo 8 del Decreto Ley No. 20236. Esta norma señala los casos en que los títulos ejecutivos pierden su calidad de tales; en consecuencia estamos ante una norma especial, destinada única y exclusivamente a normar lo relativo al juicio ejecutivo, ya que esta norma es fruto de una modificación del Código de Procedimientos Civiles, realizada con el único fin de normar lo referido al juicio Ejecutivo y no para impedir a los litigantes que exijan sus derechos en otras vías procesales como son la ordinaria y la sumaria.

Por otro lado, quisiéramos llamar la atención sobre el hecho que esta “creación jurisprudencial” se suma a una larga lista de precedentes en los cuales nuestros tribunales han ido privando a los tenedores de títulos valores de las ventajas que nuestro sistema jurídico les ha conferido (a través de la acción cambiaria) mediante la interpretación restrictiva de nuestras normas procesales, originando que hoy se proteja de manera exagerada al deudor, convirtiendo a estos instrumentos, que según Messineo son mecanismos ciertos para procurarse crédito y los principales medios de descuento bancario³ en documentos de dudosa efectividad y de cuestionable seguridad.

Finalmente, debemos expresar nuestra “sorpresa” y “preocupación” por la ejecutoria comentada y no nos queda más que esperar su pronta modificación, a fin que se recupere en algo el valor y eficacia de los títulos valores en nuestro medio.

1. Ulises Montoya Manfredi: “Comentario a la ley de Títulos Valores”. Ed. Desarrollo S.A., 4ta. Edición, 1987, p. 59.

2. Ulises Montoya Manfredi: Ob. Cit., p. 58.

3. Francesco Messineo: “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1956, T. VI, p. 304.

μυόρριζον



Banco Latino
Donde usted exige.

Thémis 10

Los principios generales del Derecho y su aplicación en el Derecho Civil Peruano

Liliana Verónica Puppi Revoredo

Tesis sustentada en Noviembre de 1987 ante los Dres. Marcial Rubio, Aníbal Quiroga y Guillermo Figallo. Sobresaliente.

El Código Civil vigente señala imperativamente en el Art. VIII de su Título Preliminar la obligación de los jueces de cumplir con su función: **administrar justicia**. Y esto debe hacerse aún por sobre el real o presunto defecto o deficiencia de la ley que requiera ser aplicada, debiendo en tales casos recurrir a los **principios generales del derecho** y, preferentemente, a los que inspiran el derecho peruano.

Esta norma tiene su antecedente inmediato en el Inc. 6 del Art. 233 de la Constitución Política cuya impronta, fue, a la vez el tenor del Art. XXIII del Título Preliminar del derogado Código Civil de 1936, y que dentro de la Teoría General del Proceso y el Derecho Judicial se define como **La Obligatoriedad de la Tutela Efectiva aun en Defecto de la Ley Aplicable**. Hay, pues, en todas estas normas y su doctrina una perfecta concordancia.

La tesis que ahora se reseña centra su estudio y análisis en la segunda parte de la premisa de esta normatividad: en la correcta determinación y aplicación de los principios generales del derecho ante el defecto o deficiencia legal permitiendo al juez dar siempre una respuesta cierta y fundada en derecho al justiciable. Se excluye de la tesis la temática referente a la obligación jurisdiccional y los supuestos de la procedencia de la aplicación de esta norma que es, ante todo, una Garantía Constitucional de la Administración de Justicia.

En esto radica la importancia de este novedoso trabajo, inteligente, coherente y sólido. No es tarea fácil aprehender teóricamente la doctrina de los principios generales del derecho, por lo general inubicuos, a la par que desarrollar académicamente el tema de la **interpretación—integración** para determinar el verdadero sentido normativo o cubrir los “vacíos” o “lagunas” en el derecho.

Esto es lo que la autora desarrolla en la primera parte de su trabajo de tesis dentro del sistema jurídico, determinando el sustento de aquella constatación. Y es esto lo que la conduce a determinar, como su primera gran conclusión, que el mecanismo jurídico apropiado para la cobertura de los “vacíos” y “lagunas” normativas son, precisamente, los principios generales del derecho. Para ello, pasa solvente revista a los diferentes métodos para ser hallados así como las diversas corrientes filosóficas que las contienen.

El capítulo tercero consta de una exégesis, análisis y síntesis de nuestra legislación civil para la determinación de esta obligación judicial normativa. A continuación reserva su prolijo análisis para la temática de la legislación extranjera, concluyendo con un sugestivo cuadro comparativo.

El capítulo final es el más sugestivo y, sin duda, el que contiene el mayor aporte, pues allí se arriba a una propuesta concreta de aplicación de lo estudiado en la realidad del Distrito Judicial de Lima. Labor poco común de nuestras actuales tesis, en este punto la autora, haciendo un desarrollo teórico de la función judicial en tanto permanente aplicación e integración del derecho, combina la investigación descriptiva con un trabajo de campo que, aun cuando constreñido en su potencial, sirve de mucho

al revelar una óptica realista que determina, en palabras de su Asesor de tesis, “... **resultados dramáticos en torno a la problemática, no sólo en relación con los magistrados, sino también con los propios abogados litigantes** ...”. Es en este punto en que arribamos a las conclusiones de estadísticas que demuestran el abismo entre la norma positiva y su doctrina y la realidad imperante dentro de nuestro medio forense y judicial nacional.

Sin perjuicio de sus excelentes bondades y de la impecable asesoría recibida que hacen de esta tesis un singular aporte en nuestra Facultad, hay cuestiones debatibles que son sostenidas y que en honor a la misma veracidad deben señalarse. En primer lugar, no queda clara la exacta opción iusfilosófica que anima a la autora o en la que discurre su trabajo. Sin duda es un problema de madurez jurídica que sólo el tiempo y la constante lectura lo pueden dotar, pero es un aspecto que hay que saber reconocer. En segundo lugar, el punto más discutido y discutible es la existencia o no de aquellos “**principios generales del derecho que preferentemente inspiran el derecho peruano**”, en una formulación no sólo chovinista sino evidentemente contradictoria (**contradictio in terminis**), pues no comprendo la existencia de principios generales —de validez universal— que privativa o particularmente inspiran nuestro autóctono derecho. La autora señala tenazmente su existencia, pero lamentablemente no llega a formular uno sólo a manera de ilustrativo ejemplo, que hubiese sido de gran importancia para lograr vencer mi escepticismo en esta materia. Finalmente, es cierto que en la moderna doctrina de la Teoría General del Derecho Civil (Diez—Pícazo p.e.) se señala la diferencia entre la interpretación y la integración, en donde en la primera se “descubre” por diversos métodos la verdadera intención o el exacto

sentido normativo (fatispecie y norma), en tanto que en la segunda el intérprete—integrador retrocede a la tarea del legislador para, por vía de la integración, “cubrir” los “vacíos” o “lagunas” del derecho. Para lo primero se utilizarán los diferentes métodos que la hermenéutica señala, en tanto que para lo segundo —señala también esta tesis— debe recurrirse a la **analogía**. Sin embargo, esta última es, en puridad uno de los métodos interpretativos que el derecho ofrece y es discutible —como todo en derecho— si pertenece sólo al ámbito de la integración como se postula y que por ello la analogía esté a la par con los Principios Generales del Derecho.

En suma, un trabajo muy interesante y de gran utilidad para quienes deseen adentrarse en la temática de la interpretación normativa y sus vericuetos en la Teoría General del Derecho Civil. Justo calificativo a un trascendente esfuerzo personal, a una demostración de capacidad intelectual y a una adecuada defensa personal en el momento de su sustentación. (Aníbal Quiroga León)

**Propiedad agraria
y derecho colonial:
el caso de la hacienda
Santotis, Cuzco
(1543 - 1822)**

Jorge Armando Guevara Gil

**Tesis sustentada en Julio de 1987
ante los Dres. René Ortiz, Jorge Price y Fernando de Trazegnies. Sobresaliente.**

Rigurosidad, erudición y originalidad suelen ser tres conceptos que nos estremecen cuando nos vemos enfrentados a la labor académica que aspira a culminar en una tesis; pero son, también, las tres vías que, conjugadas, llevaron al sobresaliente resultado que describiremos en estas líneas, las cuales, con las dispensas del caso, tendrán el carácter de una nota personal.

La Historia del Derecho en el Perú es uno de aquellos páramos jurídicos donde la obra humana ha dejado escasas huellas, si bien valiosas esas pocas, por lo que resulta aventurado académicamente ingresar a él sin una carta—guía o mapa que nos oriente en la búsqueda, o cuando la carta es avisadamente inexacta.

El yermo que tuvo que explorar Armando, por su “cuenta y ries-

go”, estaba constituido por un conjunto de títulos coloniales que contienen la historia documental de la hacienda cuzqueña Santotis, felizmente conservados por el celo familiar. Puestos de manifiesto estos títulos para nuestros ojos novecentistas, gracias a la traducción paleográfica que él mismo hiciera, se dedicó en primer lugar a desmenuzar la jerga legal de la Colonia y volcarla, ya inteligible, en detallados cuadros informativos, a fin de hacer comprensibles los distintos actos jurídicos y procesales allí plasmados.

Este rasgo de rigurosidad no es posible, sin embargo, sin un adecuado fondo bibliográfico que le proveyó más de pistas (fuentes doctrinales y legislativas) que de soluciones para los problemas que le surgían; así, pues, la erudición, el conocimiento de lo antes dicho sobre el tema, era imprescindible para poder sustentar la afirmación original. Ahora bien, esta originalidad no se debe solamente al peculiar objeto de estudio sino que procede, más bien, del enfoque dado al trabajo porque no conocemos que otros autores se hayan abocado a tal propósito.

En este sentido, a la par que realizaba el trabajo exegético, Armando buscó, además, a los personajes que aparecen en los títulos e indagó por el contexto histórico y social que les envolvía. No se queda, pues, en la rigidez de la cláusula contractual o de la norma legal sino que fue, más bien, hacia la búsqueda de ese derecho vivo que, como él mismo señala, “adquiere su especificidad y características en función de la dinámica histórica del grupo social en el cual se engendrará”.

Curiosamente, la síntesis de todo este esfuerzo no se encuentra en las conclusiones —inexistentes por innecesarias— sino en el primer capítulo de la tesis. Allí bajo el aparentemente intrascendente título de “Notas Panorámicas”, se nos advierte del cuidado que debemos tener para entender los términos “Derecho”, “Colonia”, “propiedad”, “posesión” y “hacienda” a lo largo de la tesis, porque el trabajo, en el fondo, es un sentido sobre las formas y los materiales jurídicos, las causas y los fines, que se ha tenido presente, o empleado, en el Derecho colonial para regular la tenencia, posesión y propiedad de los predios rurales, denominados económicamente **haciendas**. Así, pues,

era de rigor definir los términos y situar al lector en el contexto de aquellos años para comprender el porqué de tales formas jurídicas.

Resuelto el problema terminológico, posible, insisto, sólo al final del camino, Armando ingresa en el segundo capítulo a un campo histórico, el biográfico, pero sin perder de vista al Derecho —pues este justifica a aquél, en la tesis de Derecho— porque era preciso saber, por ejemplo respecto de uno de los titulares de la nascente hacienda, que “para el proceso de concentración (apropiación) de la tierra, era muy positivo (!) ser miembro del ayuntamiento”.

Lo que sigue en los capítulos tercero, cuarto y quinto es el respeto a la lógica del testimonio documental y la muestra del derecho recreado por los actores u operativo. En ellos, el lector encontrará que Armando distingue tres etapas a lo largo de tres siglos de documentos: el establecimiento y la consolidación, lograda con las formas jurídicas de la “merced de tierras”, “cesión y traspaso”, “mandamiento de posesión”, “composición de títulos” y otras; la defensa jurídica, ejercida mediante acciones judiciales tales como el “mandamiento de amparo de posesión”, la “querrela civil y criminal” por la siega indebida de un campo y la “querrela de restitución” de una cosa; y el disfrute y la explotación de la hacienda, verificada recurriendo a las formas de los censos consignativos, enfiteútico y reservativo, así como a los arrendamientos y traspasos de arrendamientos. En cada una hallaremos la descripción y el análisis de los títulos, desagregando y reuniendo después los institutos y vocablos jurídicos oscuros, así como el pronunciamiento singular del autor sobre ciertos temas, arduamente discutidos por los historiadores —pero con gran desconocimiento del Derecho—, como el de la representatividad de los curacas para enajenar tierras comunales, en nombre de todo el ayllu, en favor de los españoles.

Termino esta nota personal indicando que la tesis tiene detalles propios de quien hace suyo lo que puede ser un frío y ajeno objeto de estudio. El autor, aunque él no nos lo confirme, se involucró con la historia de la hacienda, la hizo “su” historia y, generosamente, nos la regala en la obra que reseñamos. Sólo

así se entiende la extensión del mismo, la explicación histórica y lingüística del origen del nombre "Santotis" y las fotos del frágil documento histórico que tuvimos en nuestras manos, gracias a lo cual pudimos "palpar la historia". (René Ortiz C.)

La hipoteca mobiliaria

Dora Avendaño Arana

Tesis sustentada en setiembre de 1987 ante los Dres. Edgardo Mercado, Jorge Vega y César Luna—Victoria. Sobresaliente.

El trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. El primero analiza los fundamentos, elementos y conflictos presentes en toda garantía. Destacan en este capítulo el análisis de la sujeción, que la autora con toda razón considera que es el elemento central de las garantías, y la identificación de los problemas que ocasiona la desposesión como método para lograr la sujeción.

El capítulo segundo está dedicado al estudio de las prendas sin desplazamiento y tiene por objeto principal negar la naturaleza real de estas garantías. Para lograrlo, la autora expone la racionalidad de esta institución y la realidad económica que la sustenta, el problema de los bienes sobre los que recae y los principales efectos, tanto entre las partes como frente a terceros, demostrando que no existe una verdadera sujeción de los bienes en favor del acreedor.

El capítulo tercero contiene las propuestas para superar los problemas teóricos y prácticos que presentan las prendas sin desplazamiento. Los primeros derivados del error conceptual que supone aceptar una prenda sin entrega, que además no constituye un verdadero derecho real y los segundos generados por el conflicto entre la sujeción jurídica y necesidades del tráfico comercial, que exige que el deudor mantenga la posesión de ciertos bienes que requiere explotar económicamente.

La clave para una solución, la encuentra la autora en la sustitución de la clasificación en muebles e inmuebles por una que se base en la aptitud registral de los bienes, de

modo tal que la hipoteca se extienda a todos los bienes registrables incluyendo aquellos de naturaleza mueble. Sin embargo, es conciente que ciertas excepciones tendrán que admitirse con respecto a determinados bienes no registrables que el deudor requiera explotar económicamente.

El tema tratado en la tesis es de gran interés, por lo importante que es para toda sociedad organizar un régimen de garantías eficiente, que permita el impulso del crédito y el normal desarrollo del tráfico comercial. Pero además, tiene la virtud de abrir el debate sobre la llamada prenda con entrega jurídica que introduce el Código Civil de 1984 y que para la autora es fruto de un pensamiento arcaico y de una creencia equívoca que han terminado por crear una ficción que esconde a la verdadera hipoteca mobiliaria. (Edgardo Mercado Neumann).

Autonomía convencional e intervención estatal en el modelo constitucional peruano de negociación colectiva

Guillermo Boza Pro

Tesis sustentada en Diciembre de 1987 ante los Dres. Javier Neves, Oscar Ermida y Mario Pasco. Sobre-saliente.

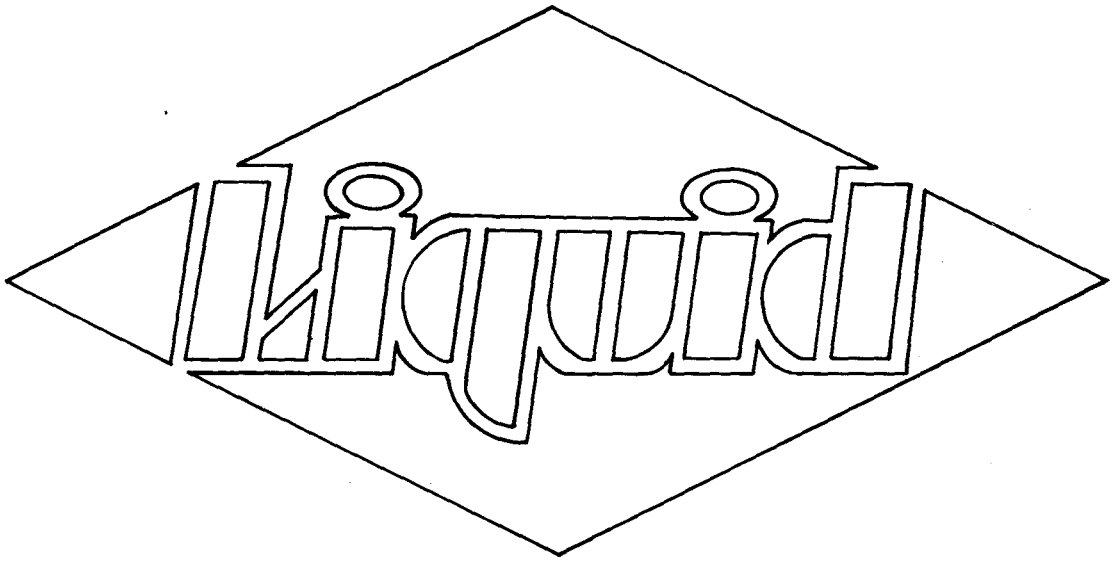
La negociación colectiva es uno de los pilares fundamentales del derecho sindical. Al lado de la huelga, actúa como un instrumento esencial de la actividad sindical, para la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores. Sin embargo, en el Perú la negociación colectiva se encuentra regulada por disposiciones administrativas, que responden a concepciones reglamentaristas y restrictivas de la acción sindical, como ocurre también con las normas sobre sindicalización y huelga. Toda esa normativa, de creación preconstitucional, se ha continuado aplicando luego de la vigencia de la actual Constitución, pese a contrariar manifiestamente el espíritu abierto y flexible de ésta.

La tesis que comento ha partido de la constatación expuesta, para realizar un estudio profundo y minucioso de los alcances de la re-

gulación constitucional sobre negociación colectiva, en cada uno de sus aspectos principales: autonomía convencional, contenido negocial e intervención estatal. En todos los casos, el autor ha abordado los temas con el apoyo de una doctrina calificada, moderna y plural, así como con permanentes referencias a la normativa nacional infraconstitucional y a los tres proyectos sustitutorios presentados.

En el trabajo se comprueban las grandes posibilidades de desarrollo que en esta materia ofrece nuestro marco constitucional, que es uno de los más enfáticos en su reconocimiento de los derechos sindicales. En lo específicamente referido a la negociación colectiva, la Constitución, de un lado, asegura la autonomía de los antagonistas sociales, limitando la intervención del Estado a una regulación legislativa garantizadora del derecho y a una eventual dirimencia en caso de desacuerdo (que podría perfectamente convivir con el arbitraje voluntario); y, de otro lado, proclama el carácter normativo del convenio colectivo resultante ("fuerza de ley entre las partes"), con el mismo rango que la ley. No fija ningún tipo de restricción al contenido negocial. La situación, en cambio, a nivel de la normativa infraconstitucional es muy diferente. Hay límites al objeto de la negociación colectiva (sólo remuneraciones y condiciones de trabajo, restrictivamente definidas) y procedimientos rígidos con sobre-presencia estatal que desnaturaliza la autonomía negocial. Los proyectos sustitutorios en buena medida salvan estos defectos.

Desde mi punto de vista, esta tesis constituye un gran aporte para el cabal conocimiento de la institución de la negociación colectiva. Considero que se trata de un trabajo de un muy alto nivel académico, que presenta su tema de modo ordenado y completo y con un elevado grado de creación personal. Ojalá tenga posibilidades de ser publicado, como ha ocurrido con un par de otros trabajos excelentes que se han producido en nuestra Facultad en el Área Laboral en los últimos años: los de Ernesto de la Jara sobre huelga y Wilfredo Sanguinetti sobre locación de servicios. (Javier Neves Mujica)



LIQUID CARBONIC DEL PERU S. A.

INDICE ANALITICO THEMIS 1 al 10

ACTUALIDAD

- (1) Los Decretos de Urgencia: En: THEMIS No. 6.
— Carlos Cárdenas Q.: Los decretos con fuerza de ley.
— Francisco J. Eguiguren P.: El control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia del artículo 211 inciso 20 de la Constitución.
— Rosario Pacheco B.: Los decretos de urgencia y un vacío en la Constitución de 1979.
- (2) Terrorismo: En: THEMIS No. 7.
— Dieter Blumenwitz (RFA): La prohibición universal del uso de la fuerza y la lucha contra el terrorismo internacional.
— Enrique Elías Laroza: Concepto jurídico sobre la acción terrorista frente a un Estado Democrático y sobre la calificación del terrorismo como delito común.
— Diego García-Sayán: La paz es posible.
- (3) Deuda Externa: En: THEMIS No. 8.
— Roberto Dañino Z.: Inversión Extranjera: La tentación pendular y otras opciones.
— Italo Muñoz B.: La conversión de la deuda externa en inversión.
— Fernando O'Phelan P.: Aproximación jurídica al deterioro de las relaciones entre el Perú y el Banco Mundial.
- (4) Estatización del Sistema Financiero: En: THEMIS No. 9.
— Entrevista a Enrique Bernal Ballesteros.
— Entrevista a Alberto Borea Odría.
— Entrevista a Javier Valle—Riestra Gonzales—Olachea.
— Entrevista a Miguel Vega Alvear.
— Alejandro Pesquera B.: La ley de nacionalización vs. Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
- (5) Desarme: En: THEMIS No. 10.
— Jack Child (USA): Conflictos interestatales en la América Latina y la búsqueda de soluciones: 5 casos ilustrativos.
— Héctor Gros E. Mecanismos jurídicos para la seguridad regional en América Latina. El caso del Tratado de Tlatelolco.
— Beatriz Ramacciotti de Cubas: La Antártida como zona de paz.

DERECHO AERONAUTICO

- (1) Miguel de la Lama E.: Notas sobre la regulación del transporte Aéreo de sustancias radioactivas. En: THEMIS No. 5.
- (2) Alfredo Gildemeister M.: El problema aéreo con Estados Unidos: Las Quintas Libertades. En: THEMIS No. 4.
- (3) Alfredo Gildemeister R.H.: Contratos: Transporte Aéreo: Pérdida de Equipaje: Responsabilidad del Porteador. (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 3.
- (4) Alfredo Ostoja L.: Los convenios de Navegación Aérea entre el Perú y los EE.UU. En: THEMIS No. 1.

DERECHO AGRARIO

- (1) Carlos Torres y Torres L.: El régimen legal del Trabajo Agrario. En: THEMIS No. 5.

DERECHO ADMINISTRATIVO

- (1) Alberto Bustamante B.: Instituciones para un gobierno abierto. En: THEMIS No. 8.
- (2) Cristine Leroux de B. (Francia): Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia: En: THEMIS No. 3.
- (3) Robert Litan (USA): Elaboración de leyes a nivel administrativo y análisis Económico: Una perspectiva Norteamericana. En: THEMIS No. 3.
- (4) Franz Ludwig K. (RFA): Autonomía Municipal para el fortalecimiento de la Democracia. En: THEMIS No. 3.
- (5) Gustavo Olivares M. y Gustavo Villegas: El Poder Contralor. En: THEMIS No. 3.
- (6) Valentín Paniagua C.: La publicidad y publicación de las normas del Estado. (El caso de los Decretos Supremos no publicados). En: THEMIS No. 6.
- (7) Aníbal Quiroga L.: El estado de autonomías español como modelo para la regionalización en el Perú. En: THEMIS No. 9.

DERECHO CIVIL

(a) Acto Jurídico

- 1.- José Amado V.: El estado de necesidad como vicio de la voluntad. En: THEMIS No. 2.
La conocibilidad del error. En: THEMIS No. 4.
Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico. En: THEMIS No. 10.
- 2.- Carmen Arana C.: La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984. En: THEMIS No. 9.
- 3.- Guillermo Lohmann L.: Ensayo sobre el error en los testamentos. En: THEMIS No. 7 (Primera parte) THEMIS No. 8 (Segunda parte).

(b) Contratos

- 1.- Alfonso Benavides: La forma en los contratos nominados del Código Civil de 1984. En: THEMIS No. 8.
- 2.- Eduardo Benavides T.: La aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en nuestro país: riesgos y posibilidades. En: THEMIS No. 7.
- 3.- Lorena del Aguila: Retracto (Comentario de Jurisprudencia) En: THEMIS No. 2.
- 4.- Humberto Jara F.: El derecho de retracto: dos comentarios. En: THEMIS No. 9.
- 5.- Gustavo López Ameri C.: Nulidad de contrato (Comentario de Jurisprudencia) En: THEMIS No. 2.
- 6.- Edgardo Mosqueira M.: La venta de bien ajeno en el Código Civil peruano. En: THEMIS No. 8.
- 7.- Cosme Nalvarte R.: Aspectos sociales de la contratación privada en el Código Civil de 1984. En: THEMIS No. 8.

- 8.- Vittorio Pinasco L.: Cumplimiento de contrato (Comentario de Jurisprudencia) En: THEMIS No. 2.

- 9.- Miguel Torres M.: El carácter contractual de la prenda y la posibilidad de ser un contrato de prestaciones recíprocas. En: THEMIS No. 4.

(c) Derecho Internacional Privado.

- 1.- Fernando Cantuarias S. y Nicolás Lerner V.M.: El divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 9.

(d) Familia

- 1.- Carlos Barrera T. (Colombia): La sociedad de gananciales: Supervivencia de la Sociedad Questaria en el Derecho Civil Moderno. En: THEMIS No. 3.
- 2.- Fernando Cantuarias S.: Derecho de alimentos a favor del hijo alimentista (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 8.

- 3.- Héctor Cornejo Ch.: Familia y Derecho. En: THEMIS No. 2.

- 4.- Lourdes Flores—Nano: La bigamia y los derechos del cónyuge putativo superstite en la sucesión intestada. En: THEMIS No. 5.

(e) Obligaciones

- 1.- Guillermo Boza P.: Algunas consideraciones acerca de las Obligaciones Facultativas en el Código Civil de 1984. En: THEMIS No. 7.
- 2.- Eugenio Gadea R.: Imposibilidad de la prestación y Teoría del Riesgo. En: THEMIS No. 5.
- 3.- Horacio Gago P.: Obligaciones genéricas en el Código Civil Peruano. En: THEMIS No. 6.
- 4.- Ignacio Izquierdo A. (España): A propósito de la promulgación del Código Civil Peruano. En: THEMIS No. 4.
- 5.- Felipe Osterling P.: El proyecto del Código Civil y el Derecho de Obligaciones. En: THEMIS No. 2.
- Mora del deudor. En: THEMIS No. 8.
- 6.- Juan Rivadeneyra S. y José Quiroga L.: Las obligaciones facultativas. En: THEMIS No. 5.

(f) Personas

- 1.- Donato Carpio V.: Desaparición, Declaración de Ausencia y Declaración de Muerte Presunta (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 3.
- 2.- Javier de Belaunde L. de R.: Los derechos de la Personalidad y la Interpretación Judicial. En: THEMIS No. 3.
- Desaparición, ausencia y muerte presunta, 3 años después. En: THEMIS No. 10.
- 3.- Manuel de la Puente y Lavalle: Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una S.A. En: THEMIS No. 2.
- 4.- Gonzalo Jara F.: Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal? En: THEMIS No. 8.
- 5.- César Luna Victoria L.: El régimen patrimonial de las Asociaciones Civiles.

- En: THEMIS No. 5

(g) Reales

- 1.- Jorge Avendaño V.: Transferencia de propiedad inmueble en el nuevo Código Civil. En: *THEMIS* No. 2.
- La posesión ilegítima o precaria. En: *THEMIS* No. 4.
- 2.- Beatriz Boza D.: La Tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables. En: *THEMIS* No. 4.
- Sistema de transferencia adoptado por el legislador peruano de 1984. En: *THEMIS* No. 6.
- 3.- Alfredo Bullard G.: Es el acreedor prendario poseedor? En: *THEMIS* No. 4.
- La prescripción adquisitiva y la prueba de la propiedad inmueble. En: *THEMIS* No. 7.
- 4.- Fernando Cantuarias S.: Venta de los bienes prendados. En: *THEMIS* No. 4.
- 5.- Carlos Cárdenas Q.: Conveniencia legal de la implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles. En: *THEMIS* No. 3.
- 6.- Carlos Cueva M.: Hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual. En: *THEMIS* No. 5.
- 7.- Lucrecia Maisch V.H.: Los derechos reales en el nuevo Código Civil Peruano, 1984. En: *THEMIS* No. 2.
- 8.- Edgardo Mosqueira M.: La venta del bien ajeno en el Código Civil Peruano. En: *THEMIS* No. 8.
- 9.- Víctor Carlos Schwartzmann L.: Las hipotecas ocultas. En: *THEMIS* No. 4.
- 10.- Miguel Torres M.: El carácter contractual de la prenda y la posibilidad de ser un contrato de prestaciones recíprocas. En: *THEMIS* No. 4.

(h) Registros Públicos

- 1.- Carlos Cárdenas Q.: Conveniencia legal de la implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la transferencia de Bienes Inmuebles. En: *THEMIS* No. 3
- 2.- Humberto Jara F.: Los Registros Públicos y su importancia en el Código Civil de 1984. En: *THEMIS* No. 3.

(i) Responsabilidad Civil Extracontractual

- 1.- Edgardo Mercado N.: Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual. En: *THEMIS* No. 10.
- 2.- Fernando de Trazegnies G.: La difamación y la calumnia en el Código Civil de 1984. En: *THEMIS* No. 8.

(j) Sucesiones

- 1.- Lourdes Flores—Nano: La bigamia y los derechos del cónyuge putativo superviviente en la sucesión intestada. En: *THEMIS* No. 5.
- 2.- Guillermo Lohmann L.: Ensayo sobre el error en los testamentos. En: *THEMIS* No. 7 (Primera parte). En: *THEMIS* No. 8 (Segunda parte).

DERECHO CONSTITUCIONAL

- (1) Samuel Abad Y.: La acción de Amparo contra sentencias. Una excepción constitucional al principio de la cosa juzgada? En: *THEMIS* No. 2 (Primera parte). En: *THEMIS* No. 3 (Segunda parte).
- (2) Manuel Aguirre R.: Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica. En: *THEMIS* No. 3.
- Las "sentencias" del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica. En: *THEMIS* No. 7.
- (3) Dieter Blumenwitz (RFA): El Derecho Constitucional y la manifestación pública. En: *THEMIS* No. 4.
- (4) Beatriz Boza D.: Los votos en blanco y viciados en un Régimen Electoral de voto obligatorio. En: *THEMIS* No. 3.

- (5) Alberto Bustamante B.: Instituciones para un gobierno abierto. En: *THEMIS* No. 8.
- (6) Carlos Cárdenas Q.: Los decretos con fuerza de ley. En: *THEMIS* No. 6.
- (7) Francisco Eguiguren P.: El control parlamentario de los Decretos de Necesidad y vigencia del Art. 211 inc. 20 de la Constitución. En: *THEMIS* No. 6.
- (8) Franz Ludwig K. (RFA): Autonomía Municipal para el fortalecimiento de la Democracia. En: *THEMIS* No. 3.
- (9) Gustavo Olivares M. y Gustavo Villegas del S.: El Poder Contralor. En: *THEMIS* No. 3.
- (10) Rosario Pacheco B.: Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979. En: *THEMIS* No. 6.
- (11) Valentín Paniagua C.: La Publicidad y Publicación de las Normas del Estado (el caso de los Decretos Supremos no publicados). En: *THEMIS* No. 6.
- (12) Aníbal Quiroga L.: El Tribunal de Garantías Constitucionales ante el dilema de ser o no ser. En: *THEMIS* No. 4.
- (13) Joaquín Ruíz—Giménez (España): Defensor del Pueblo (Entrevista). En: *THEMIS* No. 6.
- (14) Frederick Snyder (USA): Estado de Sitio y Estado de Derecho en Argentina. Política y retórica de la reivindicación. En: *THEMIS* No. 4.

DERECHO INTERNACIONAL

- (1) Dieter Blumenwitz (RFA): La prohibición universal del uso de la fuerza y la lucha contra el terrorismo internacional. En: *THEMIS* No. 7.
- (2) Jack Child (USA): Conflictos interestatales en la América Latina y la búsqueda de soluciones: 5 casos ilustrativos. En: *THEMIS* No. 10.
- (3) Roberto Dañino Z.: Inversión Extranjera: La tentación pendular y otras opciones. En: *THEMIS* No. 8.
- (4) Héctor Gros E.: Mecanismos jurídicos para la seguridad regional en América Latina. El caso del Tratado de Platelolco. En: *THEMIS* No. 10.
- (5) Italo Muñoz B.: La conversión de la deuda externa en inversión. En: *THEMIS* No. 8.
- (6) Fernando O'Phelan P.: Aproximación jurídica al deterioro de las relaciones entre el Perú y el Banco Mundial. En: *THEMIS* No. 8.
- (7) Beatriz Ramacciotti de Cubas: La Antártida como zona de paz. En: *THEMIS* No. 10.
- (8) Andrés Townsend E.: Comunidad Latinoamericana de Naciones: Parlamento Latinoamericano (Entrevista). En: *THEMIS* No. 8.
- (9) Ponencia Peruana ante el Consejo de Seguridad (Intervención del Representante Permanente del Perú ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la situación en Centroamérica. En: *THEMIS* No. 3.

DERECHO LABORAL

- (1) Luis Arbulú A.: Vigencia del PROEM. En: *THEMIS* No. 10.
- (2) Néstor de Buen: Entrevista. En: *THEMIS* No. 10.
- (3) Eduardo de Rivero S.: Naturaleza Jurídica del contrato de trabajo y la formulación de la relación de trabajo. En: *THEMIS* No. 3.
- (4) Oscar Ermida U. (Uruguay): Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias actuales. En: *THEMIS* No. 8.

- (5) Víctor Ferro D.: Adelanto de beneficios sociales con efecto cancelatorio. En: *THEMIS* No. 2.
- (6) Fernando García G.: Aplicabilidad del Derecho Laboral al contrato de Trabajo desde su celebración. En: *THEMIS* No. 2.
- (7) Wagner Giglio y Alcione Niederauer Correa (Brasil): Entrevistas sobre temas de Laboral. En: *THEMIS* No. 9.
- (8) Joaquín Leguía G.: Reflexiones sobre el Artículo 32 de la Ley 24514. En: *THEMIS* No. 5.
- (9) Javier Neves M.: Normas y principios del Derecho del Trabajo. En: *THEMIS* No. 6.
- La estabilidad laboral en la Constitución. En: *THEMIS* No. 9.
- (10) Mario Pasco C.: Negociación Colectiva: Un enfoque Metodológico. En: *THEMIS* No. 2.
- Magistratura de Trabajo. En: *THEMIS* No. 3.
- Controversias y Conflictos Laborales. En: *THEMIS* No. 6.
- Retroactividad de la ley laboral. En: *THEMIS* No. 9.
- (11) Carlos Torres y Torres L.: El Régimen legal del Trabajo Agrario. En: *THEMIS* No. 5.

DERECHO MERCANTIL

- (1) Alfredo Bullard G. y Fernando Cantuarias S.: Títulos Valores: Conversión en Moneda Extranjera y Aceleración Automática de los vencimientos (Comentario de Jurisprudencia). En: *THEMIS* No. 6
- (2) Jorge Delgado C.: Los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil. En: *THEMIS* No. 7.
- Algunas consideraciones acerca de la utilidad y el dividendo en las Sociedades Anónimas. En: *THEMIS* No. 10.
- (3) Manuel de la Puente y Lavalle: Posibilidad que una Persona Jurídica forme parte del Directorio de una S.A. En: *THEMIS* No. 2.
- Posibilidad de estipular el pago de intereses en un pagaré. En: *THEMIS* No. 6.
- (4) Pedro A. Flores P.: De los actos de comercio a la noción jurídica de empresa en la realidad peruana. En: *THEMIS* No. 7
- (5) María L. Gubbins B.: La Sociedad Anónima abierta en la Ley General de Sociedades. En: *THEMIS* No. 6.
- (6) César Luna—Victoria L.: La Sociedad Anónima por dentro. En: *THEMIS* No. 10.
- (7) Humberto Medrano C. Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas. En: *THEMIS* No. 7.
- (8) Rafael Picasso S.: Una introducción a la Bolsa de Valores. En: *THEMIS* No. 7
- (9) Fernando Vidal R.: La oferta pública de valores. En: *THEMIS* No. 9.

DERECHO PENAL

- (1) José C. Bocanegra: El principio de Legalidad en el Derecho Penal Peruano (con algunas anotaciones al Proyecto de Código Penal Peruano). En: *THEMIS* No. 2.
- (2) Enrique Elías L.: Conceptos jurídicos sobre la acción terrorista frente a un Estado Democrático y sobre la calificación del terrorismo como delito común. En: *THEMIS* No. 7.
- (3) Diego García—Sayán: La paz es posible. En: *THEMIS* No. 7.
- (4) Gonzalo Jara F.: Son las personas jurídicas sujetos de sanción penal? En: *THEMIS* No. 8.

THEMIS No. 8.

(5) Luis Lamas P.: Sanción penal y Patrimonio Cultural. En: THEMIS No. 4 (Primera parte). En: THEMIS No. 5 (Segunda parte).

(6) Luis E. Roy Freyre: Terrorismo (Entrevista). En: THEMIS No. 7.

(7) César San Martín C.: La coerción personal en la investigación policial del delito: análisis crítico. En: THEMIS No. 10.

DERECHO PROCESAL CIVIL

(1) José M. Abastos: Boleta Unica de Litigante (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 2.

(2) Juan Monroy G.: Transacción extrajudicial y procedencia del recurso de nulidad contra el auto confirmatorio que deniega la ejecución (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 7.

El proceso civil en un libro sobre Prescripción y Caducidad. En: THEMIS No. 10.

(3) Francisco Velasco G.: Las resoluciones inapelables. En: THEMIS No. 2.

(4) Grupo de investigación de THEMIS: Acción cambiaria y vías procesales. (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 10.

DERECHO ROMANO

(1) Pierangelo Catalano (Italia): Derecho Romano (Entrevista). En: THEMIS No. 3.

DERECHO TRIBUTARIO

(1) Alfredo Gildemeister R.H.: Exención y exoneración (Comentario de Jurisprudencia). En: THEMIS No. 2.

(2) Luis Hernández B.: Solución al problema de la doble tributación en el caso de las Empresas Multinacionales Andinas. En: THEMIS No. 2.

El procedimiento contencioso tributario y la facultad de reexamen. En: THEMIS No. 8.

(3) Carmela Hernández M.: Las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario peruano. En: THEMIS No. 8.

(4) Humberto Medrano C.: Responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas. En: THEMIS No. 7.

DERECHO TURISTICO

(1) Manuel Villa—García N.: El Derecho Turístico, un nuevo Derecho Autónomo. En: THEMIS No. 5.

ENTREVISTAS

(1) Enrique Bernaldes B.: Estatización del Sistema Financiero. En: THEMIS No. 9.

(2) Alberto Borea O.: Estatización del Sistema Financiero. En: THEMIS No. 9.

(3) Pierangelo Catalano (Italia): Derecho Romano. En: THEMIS No. 3.

(4) Néstor de Buen: Laboral. En: THEMIS No. 10.

(5) Wagner Giglio y Alcione Niederauer Correa: Laboral. En: THEMIS No. 9.

(6) José León Barandiarán. En: THEMIS No. 2.

(7) Miguel Reale (Brasil). Tridimensionalismo Jurídico. En: THEMIS No. 5.

(8) Luis E. Roy Freyre: Terrorismo. En: THEMIS No. 7.

(9) Joaquín Ruíz—Giménez (España): Defensor del Pueblo. En: THEMIS No. 6.

(10) Andrés Townsend E.: Comunidad Latinoamericana de Naciones: Parlamento Latinoamericano. En: THEMIS No. 8.

(11) Javier Valle—Riestra: Estatización del Sistema Financiero. En: THEMIS No. 9.

(12) Miguel Vega A.: Estatización del Sistema Financiero. En: THEMIS No. 9.

FILOSOFIA DEL DERECHO

(1) Mario Alzamora V.: El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino. En: THEMIS No. 7.

(2) Domingo García Belaunde: Tridimensionalismo Jurídico. Balance y Perspectivas. En: THEMIS No. 2.

(3) Gred Ibscher: Los regímenes Democráticos en la mira del filósofo Demócrito (S.V a.c). En: THEMIS No. 5.

(4) Roberto Mac Lean U.: "El otro Sendero" y el Derecho. Una perspectiva desde la generación del 50. En: THEMIS No. 8.

(5) Miguel Reale (Brasil): Tridimensionalismo Jurídico (Entrevista). En: THEMIS No. 5.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

(1) José M. Abastos: Boleta Unica de Litigante. En: THEMIS No. 2.

(2) Alfredo Bullard G. y Fernando Cantuarias S.: Títulos Valores: Conversión en Moneda Extranjera y aceleración automática de los vencimientos. En: THEMIS No. 6.

(3) Fernando Cantuarias S.: Derecho de Alimentos a favor del hijo alimentista. En: THEMIS No. 8.

(4) Fernando Cantuarias S. y Nicolás Lerner V.M.: El divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado. En: THEMIS No. 9.

(5) Donato Carpio V.: Desaparición, Declaración de Ausencia y Declaración de muerte presunta. En: THEMIS No. 3.

(6) Lorena del Aguila: Retracto. En: THEMIS No. 2.

(7) Alfredo Gildemeister R.H.: Exención y exoneración. En: THEMIS No. 2.

Contratos: Transporte Aéreo: Pérdida de Equipaje: Responsabilidad del Porteador: Daños. En: THEMIS No. 3.

(8) Gustavo López Ameri C.: Nulidad de contrato. En: THEMIS No. 2.

(9) Juan Monroy G.: Transacción extrajudicial y procedencia del recurso de nulidad contra el auto confirmatorio que deniega la ejecución. En: THEMIS No. 7.

(10) Vittorio Pinasco L.: Cumplimiento de contrato. En: THEMIS No. 2.

(11) Grupo de Investigación de THEMIS: Acción Cambiaria y vías procesales. En: THEMIS No. 10.

VARIOS

(1) Héctor Cornejo Ch.: Cómo educa la Universidad Católica. En: THEMIS No. 2

(2) Domingo García B.: Nuestro Nombre. En: THEMIS No. 2.

Thémis, hace veinte años ... En: THEMIS No. 4. THEMIS No. 6.

(3) Carlos Montoya A.: Existe un Derecho Judicial Peruano? En: THEMIS No. 9.

(4) Manuel P. Olachea: El Abogado. En: THEMIS No. 4 (Primera parte). THEMIS No. 5. (Segunda parte).

RESEÑAS DE TESIS DE ALUMNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU, QUE OBTUVIERON EL CALIFICATIVO DE SOBRESALIENTE:

(a) THEMIS No. 6.

(1) Jorge Delgado C.: El reparto de Utilidades Ficticias en la Sociedad Anónima. Tesis reseñada por el Dr. Enrique Elías L.

(2) Carlos Giles P.: La promesa de la Obligación o del hecho de un tercero. Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores—Nano.

(3) Eduardo Ramírez del V.: Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito. Tesis reseñada por el Dr. Alfredo Ostojá L.P.

(4) Erick Torres M.: Negociaciones Contractuales y Responsabilidad Precontractual. Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores—Nano.

(b) THEMIS No. 7.

(1) María Brignetti S.: El Subcontrato. Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.

(2) Cosme Navarte R.: El carácter social del contrato en el Código Civil de 1984. Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara.

(3) Bruno Olcese C.: El contrato de participación. Tesis reseñada por el Dr. César Luna—Victoria L.

(4) Wilfredo Sanguinetti: El contrato de locación de obra frente al Derecho Civil y el Derecho del Trabajo. Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.

(5) Renato Valdivia A.: Fundamentos doctrinarios de la extradición. Tesis reseñada por el Dr. Marcial Rubio C.

(c) THEMIS No. 8.

(1) Francisco Avendaño A.: Especialidad y extensión de la hipoteca. Tesis reseñada por el Dr. Edgardo Mercado N.

(2) Fernando Gallo Z.: La tenencia de la tierra en la comunidad campesina de Simiris. Tesis reseñada por el Dr. René Ortiz C.

(3) Jorge Halperin G.: El modelo de utilidad. Tesis reseñada por el Dr. Baldo Kresalja R.

(4) Edgardo Mosqueira M.: Venta de bien ajeno. Tesis reseñada por el Dr. Humberto Jara F.

(5) María del Rosario Pacheco B.: Los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1984. Tesis reseñada por el Dr. Francisco Eguiguren P.

(d) THEMIS No. 9.

(1) Eduardo Benavides T.: La excesiva onerosidad de la prestación. Tesis reseñada por la Dra. Lourdes Flores—Nano.

(2) Rosa María Ludowig A.C.: El comercio compensado y su aplicación en la legislación peruana. Tesis reseñada por el Dr. Gonzalo García Calderón.

(3) Bruno Marchese Q.: La casación de los procesos civiles por la Corte Suprema de Justicia. Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.

(4) Piedad Pareja P.: Atribuciones constitucionales del Presidente de la República. Tesis reseñada por el Dr. César Valega G.

(e) THEMIS No. 10.

(1) Dora Avendaño A.: La hipoteca mobiliaria. Tesis reseñada por el Dr. Edgardo Mercado N.

(2) Guillermo Boza P.: Autonomía convencional e intervención estatal en el Modelo Constitucional peruano de negociación colectiva. Tesis reseñada por el Dr. Javier Neves M.

(3) Jorge Guevara: Propiedad agraria y derecho colonial: el caso de la hacienda Santotis, Cuzco (1543—1822). Tesis reseñada por el Dr. René Ortiz C.

(4) Liliana Puppi R.: Los principios generales del Derecho y su aplicación en el Derecho Civil Peruano. Tesis reseñada por el Dr. Aníbal Quiroga L.

THEMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

María Elba Agusti, Patricia Altuna, Luis Alvarez, Jorge Avendaño, Beatriz Boza, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Aureliano Cóndor, Elena de Beaumont, Beatriz de Cubas, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Paulla de Mallma, Silvia Granda, Wally Joly, Esteban Laura, Rogelio Llerena, Hugo Morote, Víctor Ostolaza, Rafael Picasso, Aníbal Quiroga, Annabella Rivera, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Alberto Varillas, Milton Von Hesse.

